HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
ET
ANTECESSORIS
OPERA OMNIA.
COMMENTARIORUM
DE JURE CIVILI

Tomus Quartus

CUM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, et Castigationes Theologicæ.

MACERATAE MDCCCXXX.
EX OFFICINA BENEDICTI q. ANTONII CORTESI.

SUMPTIBUS EDICTORUM
Superiorum Permissu.

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

Lib. XV.

Lib. XVI.

Lib. XVII.

pe-

HUGO-

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE JURE CIVILI
LIBER DECIMUSQUINTUS.

De præstationibus iis, quas extra naturam contractus conventio ipsa inducat.

CAPUT I.

Quid debeatur ex quaque conventione: Id si est incertum, incertitudo quibus ex caussis exsistere soleat: Ea quomodo explicetur, cujuscumque modi inciderit: Ac primum de obscuræ & ambiguæ significationis conventione: Tum de vi generalis promissionis.

Transitio, et Methodus. I.
Conventio quæ contractui accedit sive liberationem habeat, seu præstationem, non valet si contra jus facta. Hoc alibi auctor. II.
Sed nec ea, quæ debeat tantummodo dationem, jure statim valet, si contractui adjecta ex intervallo III.
Secus si in continenti; et quatenus. Utriusque locus alibi. IV.
Propositum auctoris, partitio tractationis, atque ordo. V.
Res ex conventione debita quid sit. Ea dumtaxat peti potest. VI.
De promissa re certa nulla quæstio. VII.
Incerta res certa præceptione explicanda. VIII.
Divisio caussarum incertitudinis per gradus. IX.
Obscura verbi significatio quomodo explicetur; et unde dilucida verborum explicatio petenda. X.
Ambiguitas verbi duplex, et quæ. Utraque quomodo explicanda. XI.
Una res ex pluribus sub incerto promittitur generaliter, aut disjunctim. XII.
Generalis promissio quæ. Genera, seu species quomodo usurpentur a nostris. XIII.
Eadem incerta. Hinc inutilis, vel utilis. Sola utilis exponenda, et quatenus. XIV.
Quarum rerum inutilis promissio. XV.
Pecuniæ promissio utilis non adjecta quantitate, si hæc aliunde deprehendatur. XVI.
Deprehenditur aut ex præeunte conventione, aut ex demonstratione conventioni inserta. Ex conventione quomodo. XVII.
Demonstratio ex re ducitur et persona promittentis in dote filiæ, et quatenus. XVIII.
Item ex fine dandi; et quibus in rebus. XIX.
Fundus non adjecto nomine inutiliter promittitur. Conciliatur L. 115. *in princ. cum* L. 75. *in princ.* D. de V. O. XX.
Item domus XXI.
Stipulatio sistendi in judicio sine certo die inutilis. XXII.
Item insulam ædificandi loco non adjecto. XXIII.
Quarum rerum utilis promissio sit, licet generalis. XXIV.
In eadem cujus electio: et quo e loco quæstionis definitio petenda. XXV.

I. DIxi hactenus quid ferat natura singulorum contractuum, quæque pro natura cujusque sint ex singulis præstationes. Jam dicam, quid ferat [1] conventio in omnibus

1) Cujuslibet contractus forma quadruplex esse potest. I. Substantialis, sine qua non subsistit, et a qua contrahendo recedere non licet.

bus ad præstationem: quando obligationis potestatem initio ita divisimus, ut diceremus omnem ex obligatione præstationem aut natura contractus constare, aut conventione. Omnis de conventione ad obligandum comparata ut de aliis, duplex est quæstio. Prima, an conventio valeat: quo non constituto longius progredi non possumus. Proxima et huic consequens, cum erit utilis, quid contineat, ut sit, quod hinc vel tale, vel hoc aut illo modo sit præstandum. Id quæstione de vi nihil nunc de principali conventione quærimus cujus vis satis supra a nobis exposita est cum in commune, tum in singulis contractibus. Ea est enim principalis conventio, quæ jure comprobata contractum efficit, ut contractum ante definivimus. Quæ autem conventiones hic probentur, aut improbentur, quæ et quales sint in singulis contractibus, abunde supra diximus. De vi quærimus conventionis ejus, quæ ad contractum et conventionem principalem accessit.

II. Non omnis vero conventio hujusmodi quæ ad dandum, non ad liberandum interposita sit, jure valet. Jam primum, quod omnium etiam earum quæ liberandi debitoris caussa interponuntur, commune est: illæ in universum exceptæ sunt, quæ sunt contra jus, aut dolo malo factæ. [2] Cautum edicto de pactis. *L. juris gentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Et contra jus accipi volumus, non solum quæ sunt adversus omnes partes juris scripti, de quibus eodem edicto expressum est; sed etiam adversus non scriptum, eoque et adversus bonos mores. *L. 6. C. de pact.* Quæ sint istæ utriusque generis, nihil nunc dicam. Nam cum pertineant ad edictum commune superius, diligenter hæ a me, quæ essent, expositum est in ejus edicti explicatione ad *d. L. 6. C. de pact.* Inde sumi potest.

III. Quæ reliquæ sunt conventiones accessoriæ, si ad præstandum quid interponuntur: tamen nec sic quidem statim jure valent. Quinimo ita regula juris generaliter concepta est, ex pacto actionem non nasci. *L. juris gentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimmo*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* Quo non aliud significatur, quam pactum esse inutile, quo id agatur, ut quid præstetur: si quidem ad id persequendum, de quo convenit, actione opus est, sine qua ab invito nihil exigas. Sed regula de his pactis accepta est, quæ adjicientia aliquid contractui, ut præstetur videlicet, postea facta sunt seu ex intervallo.

IV. Quod si [3] in continenti adjecta sint in bonæ fidei judiciis, placet ita valere quasi pars sint ejusdem contractus, unde et contractui [4] inesse seu contractu contineri a ve-

Quo referenda ex. gr. bona fides in contractibus bonæ fidei, in emptione pretium, in stipulatione interrogatio et responsio. Nec hæc pacto immutari potest, quin contractus in totum destruatur, vel transeat in alium contractum sive numero diversum, si in emptione pretio addatur vel detrahatur *L. 72. in fin. de contr. empt.* sive specie, si ex deposito mutuum fiat *L. 9. §. ult. de reb. cred. L. 24. Depo.* ex dote emptio *L. 10. C. de I. dot.* ex emptione donatio, si conveniatur ne pretium detur *L. 30. de contr. empt.* Atque hæc ita si pactum per se constet, ut contractum renovare possit. Quod si ejusmodi, ut eo salvo, nec contractus prior subsistere, nec novi contractus nomen induci possit, nullius momenti est, vitiatur, non vitiat, veluti: Ut creditis 10. reddantur 11. *L. 11. §. 1. de reb. cred.* Ne dolus præstetur in bonæ fidei contractu, ut in societate unius lucrum alterius damnum sit. Ne precarium intra certum tempus repetatur. *L. 12. de prec. etc.* II. Accidentalis ad accessiones seu adminicula pertinens, quæ adesse vel abesse possunt citra peremptionem. Atque hæc contraentium arbitrio relicta, pactis immutari et variari potest. Unde pro diversa contrahentium intentione alia est. Naturalis pertinens ad ea quæ contractui naturaliter legis auctoritate insunt, et si de iis nihil aperte convenit, modo non nominatim contra convenerit. Servatur enim hæc forma, nisi per pacta ab ea recessum, et quatenus non recessum. Quo referri debent ex. gr. in emptione præstatio evictionis, Tradendi præcisa necessitas, aliæque præstationes in re et extra rem, de quibus *supra Lib. 13. C. 3. et seq.* Exempla hujusmodi, quod alluvione accreverit, fœtura, fructus periculum interitus emptoris, custodia rei, etc. Alia conventionalis, quæ conventionibus contrahentium attribuitur. Pacta enim in continenti adjecta dant legem contractui *L. 7. §. 5. de pact. L. 23. de R. I.* et formam *L. 52. pr. de V. O.* ac informant actionem *d. §. 5.* ut ex pacto naturam suam contractus excedat *L. 5. §. pen. de præsc. verb.* Atque hæc iterum duplex: Alia respiciens naturalia, seu adminicula ac præstationes contractus, quando pactis illis quid adjicitur vel detrahitur *L. 72. de contr. empt.* ex. gr. ne cautio duplæ præstetur, aut ut cum fidejussore præstetur, ne periculum interitus ante traditionem sit emptoris, ut fructus maturi venditori cedant, non emptori, etc. Alia respiciens ea quæ plane sunt extra naturam contractus *L. 7. §. 5. vers. idem responsum de pact.* quæ vulgo DD. accidentalia usurpantur. Ut si adjiciatur L. Commissoria, addictio in diem, pactum de retrovendendo, ut vocant; si conveniatur, ut res empta locata sit venditori et in similibus. Quadruplicem hanc formam quandoque in eodem numero contractu spectare licet, quod ab aliis nondum observatum, certe non ita explicatum, vidi. Pone: Cajus vendidit Sejo fundum Tusculanum 100. aureis Cal. Januariis pure quidem, sed ut sub conditione resolveretur, si intra mensem alius meliorem conditionem attulerit: præterea convenit ut fructus tempore contractus maturos venditor prius perciperet. Hic præter substantialem formam, animadvertere est tum naturalem, in reliquis præstationibus quæ ex natura contractus veniunt, in quibus nihil aliud partibus placuit; tum accidentalem recedentem a naturali, illique detrahentem, in fructuum perceptione venditori tributa; denique accidentalem extra naturam contractus in addictione in diem. Atque hanc distinctionem dubiis expediendis aptam ac expeditam reor. Aliter DD. vulgo fere inter contractus substantialia, naturalia et accidentalia distinguentes; de quibus ac de qualitatibus contractuum vid. Bellon. 1. *Supput.* 5. Coras. 3. *Misc.* 10. Gomez. 2. *Resol.* 11. Hot. *Ill. Q.* 36. *et seq.* Vult. *pr. I. de contr. empt. n.* 52. *et* 3. *seqq.* Philipp. Matth. *ad L. 27. de R. I.* A. Fab. *ad L. 7. §. 5. de pact.* Quomodo contrahentes dent formam contractui, Andr. ab Ezea *Lib. Pactor.* 3. *Rub. n.* 527. *et seqq.* Ræv. 2. *Var.* 1. P. Fab. *ad L. 27. de R. I.* Timæ. Fab. 1. *Annot.* 6.

2) Non obstat *L. 31. de Pact.* quod contra edictum ædilium pacisci licet. Nam ut Don. *ad L. 6. C. de pact. n.* 9. Est ejusmodi pactum, ex. gr. ne redhibitoria agatur, magis contra edicti verba, quæ initio vitia retinere vetant, quam contra ipsum edictum, si totum spectes, ejusque sententiam. Neque enim actiones, quas dant emptori ædiles, repudiare vetant. Itaque improprie dicitur contra edictum, quod est contra jus ac beneficium ex edicto competens. Pac. 2. Q. 4. Neque ædilitias actiones remittens, ipsi edicto quod est pars honorarii et publici juris refragatur. P. Fab. *ad L. 27. de R. I. pag.* 156. cum hujusmodi pactum sive remissio rem tantum privatam seu familiarem respiciat. Duar. *ad T. D. de pact. C.* 4. Hot. *ad d. L.* 31. Quare non valitura conventio, ne in futuris contractibus locus sit: hæc enim vere contra jus; sed si jam cœpit ædilitio edicto locus esse, in contrahendo vel postea. Satisfactum enim ædilibus, qui non id agunt, ut etiamsi nolit utatur emptor eo beneficio *L. 69. de R. I.* Sic de beneficio Legis Falcidiæ pacisci licet, sed post mortem testatoris, non eo vivo. *L. 25. §. 1. ad L. Falc.* Ant. Fab. *ad d. L.* 3.

3) Id est statim antequam ad aliud negotium divertatur, vid. Gœd. *de Contr. stip. C.* 4. *n.* 15. Forst. *de Pact. C.* 4. *Membr.* 7. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 253. *et seqq.*

4) Hot. *Ill. Q.* 36. *et ad L. 7. §. 5. de Pact.* Inesse ex parte actoris est valere ad actionem reformandam, id est ad solemnem ejus formulam vel minuendam, quod nocet actori, vel augendam, quod prodest. Ut si in mutuo initio convenerit, ut liceat debitori per partes solvere, ex gr. singulis mensibus denos aureos, inerit pactum ex parte actoris, id est creditor singulis mensibus non nisi dena petere potest. Quod si ex intervallo post aliquot dies hoc convenerit, ex parte rei ad exceptionem locum habebit *d. §. 5.* tametsi non insit ex parte rei: Pacta enim ex intervallo negantur inesse contractui *d. §. 5.* An autem idem in strictis judiciis? Multum controvertitur propter *L. 13.*

veteribus dicuntur. *d. L. juris gentium*, §. *quinimmo*, *D. de pact. L.* [5] *pacta*, 72. *D. de contr. empt.* Itaque non solum actionem pariunt, sed et actione ejus contractus propria ad persecutionem conventi utuntur. *L. in bonæ*, *C. de pact. L. fundi*, 79. *D. de contr. empt.* Sed hunc locum non persequor longius: de quo jam olim ita scripsimus ad *d. L. in bonæ*, *C. de pact.* Ut nihil habeam ne nunc quidem, quod ad cognitionem et explicationem ejus juris requiram.

V. Cum de conventione tum principali contractus, tum ea quæ contractui adjiciens ad hanc accessit, constabit utramque valere, sequetur illud alterum, ut quæratur, quid conventio contineat, quæ sint, et quales ex ea conventione præstationes. Et quod in legatis fecimus, idem hic ad futurum cursum reliquæ explicationis recte informandum initio monendum putamus, in omni conventione qua id agitur, ut quid præstetur, duas res esse spectandas, quæ totidem insunt conventioni; Rem promissam, et Circumstantias præstationis. In re videndum, quid, et quantum ex conventione debeatur, ut peti possit, et sit præstandum. In circumstantiis præstationis esse personas, inter quas res agitur: extra has autem tempus præstandi, et præstandi locum, quæ ut suas dubitationes habent, ita suam tractationem itidem postulant. De quibus in hac parte ita orationem attemperare conabor, ut si quid inciderit, quod sit commune cum legatis, de quo illic scripserimus, eo remittam; si quid autem hic amplius erit, quod locus desideret, velim hinc si opus est, illuc transferri. Ne forte aut illic quid desit, quod hinc suppleri potest; aut quod satis ante dictum videri possit, odiose hic inculcetur.

VI. Ac de eo quod ex conventione debetur, primum videamus. Id vero in conventione id ipsum esse statuendum est, quod est promissum, seu deductum in conventionem. Id, inquam, ita est, ut quemadmodum debetur, ita et solum peti possit, ac debeat. Argumento est certissimo, quod si stipulatus sim a te illud aut illud disjunctim, non possim unam rem ex his petere, sed necesse habeam petere illud aut illud, uti conventio concepta est. Idemque est si generaliter sim stipulatus equum, aut bovem, §. *huic autem*, et §. *si quis generaliter*, *Institut. de act.*

VII. Ergo si res promissa certa est, quæstio tollitur. Hac enim certo constituta, habemus et præstationem, et petitionem, quam sequamur.

VIII. At non semper certum est id, de quo præstando convenit. Ideo quæ hic incertitudo sit, quæri solet, et cum inventa erit, quomodo explicetur, ut quod hic incertum est, præceptione certum fiat, et res ad certam tum præstationem tum petitionem quo ad ejus fieri potest, redigatur.

IX. Et incertitudinis quidem caussæ ita se habent. [6] Incertam rei promissionem duæ res faciunt, Conceptio orationis, aut conditio rei promissæ. Incertam conceptionem orationis faciunt res item duæ, aut Dictionis obscuritas, aut Unius rei ex pluribus sub incerto facta promissio. Obscuritas rursum dictionis aut ex significatione verbi obscura nascitur, aut ex ambiguo. Una res ex pluribus sub incerto promittitur dupliciter. Aut enim promittitur una incerta generaliter, aut plures certæ disjunctim; unde in utroque unius rei electio sub incerto relicta, quæriturque utri ex contrahentibus electionem demus. Conditio rei promissæ eandem incertitudinem affert, cum una re verbis promissa, alia tamen debetur, quod in facienti obligationibus accidit. Quo modo igitur hæc explicamus? Et de his hæc præcepta sunt, hæ conventionis receptæ interpretationes.

X. Obscura significatio verbi explicatur cognitione ejus linguæ, qua res inter aliquos gesta est: item consuetudinis atque usus ejus, qui in ejusmodi orationibus vulgo obtinet. Sed quo minus laboremus in hoc genere, plerasque rerum appellationes a nostris diligenter expositas habemus: unde licet ad explicationem significationis controversæ subsidium petere. Docendi caussa quædam notare sufficiet. Ex hoc genere est in rebus cum venditæ sunt ædes aut fundus. In quo quæritur quid sit *ædium*, quid *fundi*. Nam hæc omnia continentur verbo ædium et fundi: neque tamen de his inter omnes convenit. Locus expositus in *L. Julianus*, 13. §. *ult.* et *LL.* 5. seqq. *D. de act. empt.* Eadem incertitudo in verbo *supellectilis*, *instrumenti* fundi, *penus*, si forte hæc promissa aut lega-

Cod. de pact. L. 40. *de reb. cred. etc.* Quam contentionem nunc non dirimo. Sentio enim me voluminis brevitate arctari, vid. Cujac. *ad L.* 7. §. 5. *de pact. et* 10. *Obs.* 24. Hot. *Ill. Q.* 36. Don. noster *ad d. L.* 13. *C. de pact.* Loriot. *de Jur. Art. Tr.* 17. *et seqq. Ax* 30. *et seqq.* Facbin. 2. *Contr.* 98. *et seq.* Gœd. *Contr. stip. C.* 8. *Concl.* 2. A. Fab. *ad L.* 7. §. 5. *de pact.*

5) Cujus elegans paraphrastica expositio, apud Hotom. *Ill. Q.* 36. A qua longe recedit Cujac. 2. *Obs.* 15. et 14. *Obs.* 28. vid. et Charond. 3. *Verisim.* 11. Ræv. 2. *Var.* 1. Cont. 1. *Disput.* 17.

6) De contractibus certis ac incertis et quando incertitudo vitiet dispositionem, vid. Connan. 6. *Com.* 3. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 7. *et* 3. *seqq.* Guttierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 64. Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *Concl.* 19. *et* 22. *seqq.* Andr. Clud. *de Condict. incerti in generalibus n.* 5. *et* 6.

gata proponantur. De quibus et ipsis diligenter scriptiones nostrorum extant suis quæque Titulis, *De suppellectile*, *De instructo*, *vel instrumento legato*, *De penu legata*. Sunt et alia pleraque non statim obviæ cuique significationis, de qua si dubitetur, licet ex *Titulo* de verborum et rerum significatione petere. Ex hoc genere in rebus in jure consistentibus illa sunt exempli gratia; actione, vel hereditate vendita, quid his rebus contineatur: de quo sub Titulo *D. de her. vel. act. vend.* Servitute luminum, aut prospectus constituta, quid videatur constitutum, et quid inter hæc intersit. *L.* 4. *L. inter*, *L. lumen*, *D. de servit. urb. præd.* Et si quæ sunt aliæ servitutes prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum. De quibus etiam extant passim nostrorum auctorum definitiones sub Titulis *de serv. urb. præd.* et *de serv. rust. præd.* In faciendi quoque obligationibus ex hoc genere incertæ significationis hæ sunt tractationes veterum. In hac stipulatione habere licere spondes? quid sit habere, et cui habere non liceat. *L. stipulatio ista,* 38. usque *ad* §. *alteri*, *D. de verb. obl.* His verbis per te non fieri, neque per heredem tuum quid contineatur. *L. cum filiusfamilias*, 49. §. *pen. L. in illa*, seqq. *D. eod.* Quid sit vacuam possessionem tradi, cum id promissum est. *L. in conventionalibus*, 52. §. *ult. D. eod.* Rem tradi stipulatio quid contineat. *L. si rem*, 28. *D. eod.* Quid illa, decem dari curabis? *L. illa*, 67. §. 1. *D. eod.*

XI. Ambiguitas verbi est, cum quod promittitur, duas sententias exprimit, unde incertum, utram potius sequamur. Veluti cum stipulor a te Stichum tuum, et duo sunt apud te Stichi; fundum Cornelianum, et duo sunt Corneliani. Aut cum venditur fundus mille florenis, nec exprimitur, quibus; cum hoc nomine aliter vocentur apud Belgas, aliter apud Germanos. Ad hanc ambiguitatem explicandam valent hæc præcepta veterum. Si ambiguitas ex eo est, quia verbo aliter atque aliter diversæ regiones uti solent; sequendum est id, quod in ea regione, in qua res gesta est, frequentatur. *L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. jur.* Ut, si proponas in Germania venditum fundum tot florenis: etsi venditus sit homini Belgæ forte non satis linguæ Germanicæ perito, et de florenis in sua patria usitatis sentienti: tamen adversus eum florenos Germanicos accipiemus, non Belgicos: quamvis duplo fere pluris Germanici valeant, quam Belgici. Quod si est ambiguitas ex eo, quod plures res subjiciantur eidem verbo, non usu loquendi hominum, sed destinatione privata patrisfamilias, ut hic morem loquendi regionum diversum nullum agnoscamus: hoc extremum servatur, ut in omni stipulatione et conventione si quid ambigui est, verba contra stipulatorem interpretemur. *d. L. stipulatio ista,* 38. §. *in stipulationibus*, *L. quidquid*, 99. *D. de verb. obl. L. cum quæritur*, *D de reb. dub.* Vide in hunc locum quæ scripsi ad *L. ubi*, 75. *D. eod.* Propone id quod ante diximus, promissum Stichum, cum duo essent Stichi. Si non probat reus se de alio sensisse, quam quem actor petit (nam alioqui nulla sit stipulatio propter dissensum. *L. inter*, 83. §. 1. *D. de verb. obl.*) dicemus eum esse præstandum, non quem stipulator velit, sed quem promissor, ut de eo statuatur pro commodo et arbitrio promissoris.

XII. Unius rei ex pluribus sub incerto facta promissio maxime incertam conventionem facit, dum ex verbis conventionis non apparet quæ sit una illa ex pluribus, quæ promittitur; et maxime propter electionem, quæ in hoc genere conventionum promissori tribui solet, qui quid electurus sit, stipulatori non constat. Isto modo dixi rem promitti dupliciter. Aut enim rem incertam promitti 7) generaliter, aut res certas plures disjunctim.

XIII. Generalis rei promissio est, cum res aliqua promittitur infinite sub appellatione generis, non certa species designatur. Sic enim nostri loquuntur, et definiunt, ut dicant in stipulationibus, eoque et conventionibus omnibus contrahendis alias species, alias genera deduci. *L. in stipulationibus*, 54. *D. de verb. obl.* Ubi species ab his usitate dici constat res certo loco designatas, quæ Dialectici vulgo appellant individua, ut est Stichus, hic equus, ille bos. Genera autem ea, quæ sub appellatione communi plures res huic appellationi subjectas continent, sive hæ inter se notione communi differant, sive numero. Dialecticis vulgo homo species est infima, non genus. Nostris genus est, ut cætera genera superiora. Unde cum homo promittitur, dicitur generaliter promitti. §. *præterea si quis*, *Inst. de act.* *L.* 2. §. 1. *L. ubi autem*, 75. in pr. *D. de verb. obl.*

XIV. Ergo generis promissio maxime incerta: ubi ex tam multis rebus generi subjectis non nisi una aliqua et ea ex electione debitoris pen-

7) De generica stipulatione, et quid hic sit in obligatione tractat Gomez. aliquot sententias expendens, 2. *Resolut.* 11. *n.* 49. et *seqq.* Confer ea quæ *supra Lib.* 8. *C.* 19. *N.* 8. *et seqq.*

pendens, ut mox dicetur, promitti intelligitur. Hæc in hoc genere incertitudo ad vim conventionis non unam vim habet. Quædam inutilem promissionem generalem facit, ut non patiatur nos ad interpretationem conventionis progredi. Quædam intra incertitudinem consistens, utilem habet nihilominus conventionem, ac de hujus interpretatione quæritur. Et si noverimus quæ genera utiliter in stipulatum deduci non possint, eadem opera quæ utiliter deducantur, cognoscemus. Prioribus enim remotis, cætera relinqui intelligemus, quæ utiliter deducantur.

XV. Promittuntur inutiliter ea, quorum species promisso subjectæ tales sunt, ut si minima ex his præstetur, præstatio sit inutilis. Hujusmodi generum quædam talia sunt natura ipsa rerum, quædam hominum constitutione, qua sola ita æstimantur. Natura, ex rebus animatis animal, et genera superiora. Ex inanimatis eæ omnes, quarum partes etiam minimæ, generis nomen obtinent quas vocant similares, græci ὁμογενεῖς, ut lignum, caro, lac, panis, maxime autem res omnes pondere, numero, mensurave constantes, ut vinum, oleum, frumentum. Minima particula ligni est lignum; minimum fructum carnis est caro; minimum fructum panis est panis; minima particula vini, vinum; minima particula olei, oleum; minimus obolus est pecunia. Qualis est igitur animalis promissio, et generum superiorum? inutilis ideo, quia ut est electio debitoris in hoc genere, de qua mox, inutilis est præstatio, cum secundum hanc electionem liceat promissori dare muscam aut formicam, utpote animalia et ipsa: quorum præstatio non tam sit inutilis, quam derisoria. Et quidem hoc nomine inutile legatum domus esse dicitur in *L. si domus*, 71. in pr. *D. de leg.* 1. Quanto magis rerum superiorum inutilis conventio, cum domus qualiscumque futura sit, multis modis superet superiorum animalculorum æstimationem? Ergo et similiter stipulatio inutilis, si quis promittat lignum, carnem, lac, panem. Nam in his, ut dixi, quæcumque sunt minime partes, quæcumque minima fragmenta et frusta, eadem dicuntur lignum, caro, lac, panis. Quarum partium præstationem apparet non minus quam in superiore genere individuorum esse inutilem et derisoriam. Ex quo necesse est et talem esse conventionem, ubi liceat promissori has dando liberari. Utrumque horum intelligetur certius ex iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant. De quibus hæc juris certi definitio est: quidquid harum rerum promittitur, si sine adjectione ponderis, numeri, mensuræ promittatur, inutilem esse promissionem. Exstat in *L. ita stipulatus*, 115. in pr. *D. de verb. obl.* Qua ex sententia illa sunt: Eum qui triticum stipulatus est, nihil stipulatum videri, ne unum quidem modium, nisi de tritico certi generis, et certæ quantitatis actum sit. *L. triticum*, 94. *D. de verb. obl.* Item, dote ab extraneo simpliciter promissa, ut neque species ulla, neque quantitas adjiceretur, promissionem non valere. *L.* 1. *C. de dot. promis.* Item, salarium incerta quantitate promissum peti non posse. *L. salarium, C. mand. L. qui mutuam*, 56. §. *salarium, D. mand.* Quippe promissio in his ea, quam supra diximus, idest et incerta, et ex hac incertitudine præstationem efficiens inutilem. Ut puta, infecto argento promisso, liceat dare siliquam, ut est electio debitoris. Pecunia promissa, liceat præstare obulum. Tritico promisso, duobus granis solutis libereris. Promisso vino aut oleo, liber eris præstando mensuram cyathi. Quæ omnes præstationes et inutiles sunt, et ridiculæ; et quidem multo magis, quam in domo promissa aut legata dicere liceat.

XVI. Quod tamen de pecunia dicitur, hanc non adjecta quantitate inutiliter promitti, sic accipiendum est, nisi aliunde intelligatur, de qua quantitate sensum sit.

XVII. Intelligi autem potest aut ex præcedente aliqua conventione, aut ex demonstratione conventioni inserta. Ex conventione præcedente, veluti; si inter aliquos de certo tritico et certa mensura vendenda actum sit, idque constet, atque hinc stipulatio ita sit secuta, triticum dabis? Sic enim intelligitur triticum illud, de quo prius actum est. Qua ratione defenditur stipulatio tritici simpliciter promissi in *d. L. triticum*, 94. *D. de verbor. obligat.*

XVIII. Demonstratio ad eam rem ducitur aut ex re et persona promittentis, in dote quam pater sine certa quantitate pro filia promiserit. Hinc enim promittitur pecunia; sed nominatim in dotem. Ut intelligamus tantam promitti, quanta doti sufficiat. Nondum satis. Nam et hoc etiamnum incertum, quanta sufficiat. Unde et [8] extraneo eodem modo dotem simpliciter promittente, placuit promissionem esse inutilem, ut ante diximus. *L.* 1. *C. de dot. promis.* Accedit igitur persona patris,

8) De dote indefinite constituta quando valeat et de sententia *d. L.* 1. vid. Duar. 1. *Disput.* 56. Rob. 4. *Sent. ult.* Charond. 1. *Verisim.* 17. Fachin. 8. *Contr.* 75. Jo. Frid. Solis *Tr. de Dote Q.* 15.

tris, ex qua hæc quantitas certitudinem accipit, jure in persona patris modum dotis statuente. Nam pater jubetur dotare filiam, et modus dotis definitur pro facultatibus patris, et dignitate mariti. *L. capite*, 19. *D. de rit. nupt. L. ult.* §. *utramque*, *C. de dot. promis.* Cujusmodi necessitas constituendæ dotis nulla imponitur extraneo, ut dici non possit ejus constitutionis, quæ libera est, ullam quantitatem definitam esse, aut definiri potuisse legibus.

XIX. Ex dandi fine certitudinem quantitatis conventio accipit in hujusmodi conceptionibus: veluti, si quis promittat pecuniam ad illam viam reficiendam. Tale quidem legatum utile esse placet. *L. quidam*, 30. *D. de leg.* 2. Cur non probemus et stipulationem ejusmodi esse utilem? Utrobique enim destinatur nominatim pecunia ad refectionem viæ, cujus refectionis quantitas certa est. Idem dicemus, si alicui pecunia promissa sit ad viaticum, aut si cui simpliciter promissum viaticum. Hic enim intelliguntur sumptus, qui in iter faciendi sunt, qui aut hominum more idem iter conficientium ab initio certi sunt, aut postea eventu certi fient itinere peracto. Nec dissimilis conventio est superioribus, si cui promissa sit pecunia annua ad vitam ejus. Hujusmodi quidem legatum valere constat. *L. si cui*, *D. de ann. leg.* Sed non dubitabimus, quin et stipulatio eo modo concepta, quo dixi, valeat. Destinata est enim pecunia ad victum annuum. Hic autem certus pro dignitate ejus, cui promittitur.

XX. Quædam res generaliter promissæ eandem incertitudinem, et inutilitatem præstationis cum superioribus habent non natura rerum; sed hominum de his rebus constitutione. Qua de caussa placet similiter, et inutilem de his esse promissionem. In quo genere nominantur duæ res a juris auctoribus, fundus, et domus. Fundum non adjecto nomine inutiliter et promitti et legari placet. *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verbor. obligat. L. cum post*, 69. §. *gener. de jur. dot.* Hoc ideo, quia potest jure electionis reo his verbis concessæ is fundus dari ex omnibus, cujus præstatio non tantum sit inutilis, sed etiam derisoria. Quod ubi fit, jam diximus omnem conventionem, atque adeo legatum esse inutile. *d. L. si domus*, 71. in princip. *de leg.* 1. Accidit hoc non rerum natura, quæ certam cuique fundo quantitatem et formam non imposuit; sed hominum constitutione, quorum destinatione fundi aut magni, aut parvi, prout illis visum esset, constituuntur. *L. quod in rerum*, 24. §. *pen. D. de leg.* 1. Unde si quis bipedalem fundum sibi constituit, et hunc nominat fundum, hic illi erit fundus. Proinde ex fundo stipulatione promissor hunc dando liberari potest. Quod est inutile stipulatori, præsertim si longinquitas itineris accesserit, aut sit vile solum, ut multo plus impendendum sit in fundo colendo, quam quantum commodi ex eo capiatur. Hic tamen contraria scripta nostrorum videri possunt. Nam in *d. L. ita stipulatus*, 115. *de verbor. obl.* Papinianus scribit inutilem esse stipulationem, si quis fundum stipuletur non adjecto nomine. Contra in *L. ubi*, 75. in pr. *eod. tit.* Ulpianus incertarum stipulationum exempla proponens, inter cætera hoc ponit, si quis fundum stipuletur sine propria appellatione. Quo significatur et hanc quoque esse utilem. Utilium enim exemplis utebatur, non inutilium. Sed non sunt hæc contraria. Aliud est enim fundum promitti sine nomine; aliud sine proprio nomine, propriave appellatione. Sine ullo nomine, inutiliter promittitur, quia non intelligitur, quod sit promissum, quod quidem possit stipulatori esse inutile. At sine proprio nomine interdum utiliter [9] promitti potest. Ut, si promissori sint tres fundi Corneliani, et is promittat ex his quos habet, fundum Cornelianum. Placet utilem stipulationem esse. *L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verbor. obligat.* Scilicet, quia promittit adjecto nomine. Vocat enim Cornelianum suum. Apparet tamen fundum promitti sine nomine proprio, et sine propria appellatione, ut Ulpianus loquitur. Nam cum promissor tres haberet hoc nomine, manifestum est nomen non esse proprium unius, sed omnium trium commune.

XXI. Eandem cum fundo caussam domus generaliter promissæ aut legatæ esse placuit. *d. L: si domus*, 71. in princ. *de leg.* 1. nempe eadem illa ratione, quod domus, ut fundus, hominum destinatione constituitur. *d. L. quod in rerum*, 24. §. *penult. de legat.* 1. Talis est enim et tanta domus, qualem et quantam domino vel opifici facere visum est. Qua ex constitutione accidit, ut pleræque domus sint non tam inutiles, quam onerosæ; ut tuguriola, et ruinosæ ædes, et præsertim si sint ruri, aut malo loco, et stipulatori incommodo sitæ. Nec si promissor ædes habeat, ideo unam aliquam ex his promissam et debe-

9) Aliter Gœd. *ad L.* 60. *de V. S. n.* 10.

beri intelligemus: ut alioqui domo legata responsum est, si testator ædes habeat, videri aliquam ex his legatam. *d. L. si domus*, 71. *de negat.* 1. In testamentis enim plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis, D. de reg. jur.* In stipulationibus contra quod minimum est sequimur. *L. semper in obscuris, L. semper in stipulationibus, D. de reg. jur.*

XXII. Etiam in faciendi obligationibus eadem incertitudo incidens æque inutilem reddit faciendi conventionem. Quo in genere duæ res hanc incertitudinem efficere solent, dies faciendi omissus, et omissus locus in quo fieri debeat. In die omisso hoc evenit, cum expedit stipulatori certo fieri id, de quo convenit, et cum de eo die ageretur, is per errorem omissus est in stipulatione. Ut fit in stipulatione judicio sistendi caussa. Solet enim hæc stipulatio interponi pro commodo actoris, ut reus se sistat judicio non quandoque, et cum ipsi visum erit, sed certo die, quem actor dicat, quo is veniat paratus ad agendum, et ibi experiatur, ut videtur, cum reo. Alia die reum venire, ut plurimum actori inutile est. Ideo placet hanc stipulationem, illo loco te sistes? esse inutilem, si cum ageretur de certo die, quo sisteres, is dies omissus sit per errorem. Sic est responsum Papiniani in *d. L. ita stipulatus*, 115. *D. de verbor. obligat.* ubi illa verba: *cum ageretur, ut certo die sisteres*, sic accipienda sunt, ut sisteres certo die, qui constitueretur postea, non qui jam tum, cum id agebatur, constitutus esset. Nam si prius convenisset de certo sistendi die, stipulatio ei conventioni subjecta etiam certo die non adjecto esset utilis, quia stipulatione ad præfationes relata is dies intelligeretur, de quo conventione priore actum esse probaretur. *arg. in L. triticum*, 106. *L. Titia*, 134. §. 1. *D. de verb. obl.*

XXIII. Locus faciendi omissus semper inutilem facit stipulationem in insula et opere omni, quod quis ædificari stipuletur. *d. L. ita stipulatus, L.* 2. §. *si quis ita*, in fin. *D. de eo quod cert. loc.* Hoc ideo, quia qui promisit simpliciter se insulam ædificaturum nullo adjecto loco, in quo ædificaret; verbo ædificandi generali fit ei potestas, ubi volet ædificandi. Quam et ipsam electionem jus confirmat, ut fit in re generaliter promissa. At ex hac incertitudine efficitur exstructio insulæ inutilis. Etenim insula ædificata ita futura est, ut erit locus, in quo ædificatur. Quidquid enim inædificatur, solo cedit, ejusque conditionem sequitur. §. *cum in suo, Inst. de rer. divis.* Qua ex re eveniet, ut si promissor ædificet in area stipulatoris, stipulatori acquiratur insula. Sin ædificet in solo alieno, nihil hinc acquiratur stipulatori, atque hactenus præstatio sit inutilis. Eam vero præstationem cum admittat generalitas stipulationis, fit, ut et ipsa tota sit inutilis: quoniam etsi aliud præstet promissor postea, non tamen præstaturus sit jure obligationis, sed quia voluerit.

XXIV. Sunt ergo hæc genera, quæ promissa eam incertitudinem habeant, quæ ut præstationem inutilem efficit, ita et faciat inutilem conventionem. Quibus remotis, intelligemus nimirum reliquas res esse ejusmodi, quæ generaliter recte et utiliter promittantur. Ut hominem dabis? equum dabis? tot vini amphoras dare spondes? Nec mirum, cum cæterorum generum singula corpora eadem compositione et conformatione constantia talia sint, ut unum quodlibet etiam minimum suam utilitatem habeat; si non tantam, quantam alia ex eodem genere: at certe suam, et natura constantem: ut homine promsiso singuli homines; equo aut bove promiso singuli equi aut boves. Quantitas etiam in vino et similibus rebus expressa manifestam utilitatem habet.

XXV. Sed ita cæterarum rerum generaliter promissarum utilis promissio est, ut sit tamen incertæ rei promissio. Cum enim intelligatur una ex toto genere promissa, quæ postea eligetur, nec de ea electione quidquam conventione cautum sit, necesse est incertum relinqui, cui et quandiu eam electionem demus. Et placet de utraque parte idem jus esse in hoc genere stipulationum, quod in eo cum plures res disjunctim promissæ sunt. §. *præterea si quis, Inst. de act.* Nec abs re. Nam qui hominem promittit exempli gratia, vi ipsa omnes homines sub disjunctione promittere intelligitur, puta illum aut illum, aut illum aut illum, atque ita deinceps. Ut scilicet sub incerto debeantur omnes, re autem vera unus dumtaxat, quem præstari oporteat. Unde Papinianus hominis legatum orationis compendio singulos homines continere ait. *L. Mævius*, 66. §. *duorum, D. de leg.* 1. Quare quod de sequentibus genere dixero, de utroque genere dictum intelligemus.

CAP.

CAP. II.

De stipulatione plurium rerum disjunctim promissarum: Tum de pœnali stipulatione: Ex utroque genere sic res omnes conventione comprehensas deberi, ut una tantum præstanda sit: Ad eam præstationem utrius ex contrahentibus electio sit, et quandiu.

Promittuntur disjunctim res plures aut una oratione, aut diversa. I.
Plurium rerum promissio facta disjunctim incerta. Certa fit electione; et vel talis habetur ab initio, aut eventu. II.
Quæ talis ab initio. III.
Certa fit eventu aut unius rei ex duabus exemptione, aut unius recte facta electione. Quatenus exemptione. IV.
De electione questio triplex, et quæ. V.
Prior definitio: stipulatoris est electio, si hanc sibi excepit: et quidem solius. Alias electio ipsius promissoris est, et ejus heredum. VI. VII.
Altera: qui ita stipulatur, illud aut illud dabis, utrum volam, *mutare potest non semel usque ad litis contestationem; aliter stipulatus semel dumtaxat.* VIII.
Tertia: promissor seu debitor potest iterum et sæpius mutare voluntatem quoad solverit. Differentiæ ratio. IX.
Quare heres, idemque debitor in rebus disjunctim legatis mutare sententiam non potest. X.
Promissio disjunctiva diversis orationibus facta qualis. De hac quæruntur tria. XI.
1. *An pœnali stipulatione commissa debeatur pœna dumtaxat, an et illud præterea quod fuit in obligationem deductum.* XII.
2. *Si utrumque debeatur, an utrumque rursus, vel alterum præstetur dumtaxat.* XIII.
3. *Si alterum solum præstari debeat, utrius in ea re optio, creditoris, an debitoris.* XIV.

I. Est ergo superiori proximum genus, cum res plures promittuntur, certæ quidem et verbis designatæ, si per se singulæ spectentur: sed promittuntur disjunctim: ex qua disjunctiones res in eandem incertitudinem electionis incidit. De quo varie constituitur pro genere disjunctionis. Promittuntur enim res plures disjunctim aut una oratione, aut diversis. Una oratione, ut Stichum aut Pamphilum; fundum illum aut illum; bovem aut decem dabis? §. *huic autem*, *Inst. de act.* Idem est, si quis ex duobus equis aut bobus qui sunt in stabulo, unum stipuletur. [*L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verb. obl.* Diversis orationibus, cum pura stipulatione primo quid promittitur, deinde subjicitur pœnalis stipulatio hoc modo: Stichum dabis? si Stichum non dederis, decem dabis? quibus stipulationibus efficitur, ut Stichum, aut decem pœnæ nomine dari oporteat. Neque vero in his de vi stipulationis deque electione rei unius ex his quæ promissæ sunt, idem servatur. Itaque de his distincte dicemus.

II. Et cum illud aut illud, aut ex pluribus rebus certis una promittitur eadem oratione, ipsa disjunctiva oratio satis ostendit non omnia simul exigi, uti fieret cum conjunctim comprehendantur; sed unum exsistere satis esse. *L. si quis ita*, 129. *D. de verb. obl.* Id unum cum non exprimatur, et ab alterutro eligi oporteat, hinc incertitudo, quam electione certa constituta explicari oporteat. Ac de his ita jus est. Quæ sunt hujus generis conventiones, earum quædam jam ab initio certæ habentur, quædam eventu certæ fiunt.

III. Ab initio certæ habentur interpretatione juris recepta, in quibus plures summæ disjunctim sunt promissæ. Ut, decem aut quindecim dabis? Sic enim accipitur stipulatio, quasi decem ab initio promissa essent, non exspectata futuri temporis electione. *L. si ita*, 12. *L. si ita*, 109. *D. de verbor. obligat.* Cæterarum rerum disjunctim facta promissio ab initio incerta electionem futuram exspectat, qua certa efficiatur. *L. ubi*, 75. §. *qui illud*, *D. de verb. obligat.* Hæc ideo dissimiliter in summis et aliis rebus promissis, quod cum utrobique electio debitori de-

detur, more hominum sanorum semper certum est [1] debitorem minorem summam electurum, ut non sit alia voluntas ejus in eo exspectanda. Nam si commodum et facultatem ejus spectamus, semper ei utilius et facilius est, minorem summam dare, quam majorem: si affectionem, hæc in pecuniam non cadit. *L.* 3. *D. de in lit. jur.* præsertim minorem summam ut malit habere, quam majorem a se amittere. Utrumque sæpe contra in rebus cæteris, in quibus fieri potest, ut quæ res est minoris pretii, eam debitor aut malit habere, ut homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur, aut difficilius possit expedire, quam eam quæ est pretii majoris. Indicatur hæc ratio in §. *præterea si quis*, in fin. *Institution. de action.* Ergo in his disjunctim promissis expectatur illud tempus, cum eventu certum fiet, utra ex his debeatur, utra in petitionem aut certam præstationem veniat. De quo sequitur, ut cognoscamus.

IV. Et certum id fit in hac specie duplici eventu; aut unius rei ex duabus exemptione, aut dum utraque exstabit, et deberi potest, unius electione recte constituta. Exemptio alterius rei est, cum ea postea aut aliter obligatione exempta fuerit, puta si stipulatoris facta sit. Hæc exemptio facit, ut sola, quæ superest, certo debeatur. *L. Stichum*, 95. in pr. *D. de sol. L. si Stichum*, 16. *D. de verb. obl.* Nam illa quidem quæ periit, aut stipulatoris facta est, amplius stipulatori dari non potest: quo casu obligatio exstinguitur. §. *item contra*, *Inst. de act.* Sed non ideo [2] liberatur promissor in totum. Non certe in ea, quæ superest. Cum enim illud aut illud promissum est, quandiu exstat utrumque, utrumque debetur, quasi unoquoque promisso sub conditione, si alterum non detur. *L.* 3. *D. qui et a quib. man. lib. non fi.* Quæ res facit, ut una obligationi exempta, supersit etiam nunc altera, quæ debeatur, et certo peti possit, non aliter, quam si una ab initio in obligatione venisset. *d. L. Stichum*, 95. *de sol.*

V. Electioni unius ex rebus disjunctim promissis tunc locus est, cum res exstant. Hæc quoque eventu certum debitum facit, sed tunc, cum est recte constituta. Sic recte constituitur, cum et is eligit, ad quem ea electio jure pertinet, et cum elegit, amplius voluntatem mutare non potest. Itaque hæc definitio tres has quæstiones ordine inducit: Unam, in disjunctivis promissionibus utrius sit electio, stipulatorisne, an promissoris. Alteram, cum is elegit, cujus erat electio, possitne postea mutare voluntatem, ut prius electa repudiata alteram eligat. Tertiam, si potest mutare, an possit sæpius, et quousque.

VI. Et facultas eligendi in hoc genere conventionum alias stipulatoris est, alias promissoris. Stipulatoris sine dubio: si is nominatim hanc sibi [3] exceperit: puta, Stichum, aut decem, utrum ego volam, vel utrum voluero, dabis? *L. ubi*, 75. §. *qui illud*, *L. si quis stipulatus*, 112. in pr. *D. de verb. obl.* Idemque fit hoc modo, si quis stipuletur ex pluribus rebus promissoris sibi unam per eum sumere licere. *L. si huc stipulatus*, 93. *D. de verb. obligat.* Sumit enim quisque quod arbitrio suo electum occupat: non quod ab alio oblatum, et traditum ab eo accipit. Et recte in hac conventione stipulatoris electio est, quia ut is alias eligendi jus non habeat: tamen cum constat, quid actum sit, semper etiam in stipulationibus id servandum est. *L. semper in stipulationibus*, *D. de verb. signif.* Hæc res facit, ut in hoc jure semper possit stipulator unum certum ex his quæ promissa sunt, et idem solum intendere sibi dari oportere; non autem petere illud aut illud, uti hæc verbis in stipulationem deducta sunt. *d. L. ubi*, 75. §. *qui illud de verbor. obl.* Illud de hac electione monendi sumus, quocumque modo sibi hanc exceperit, aut caverit stipulator, personalem eam esse, eoque nec transire ad alios; dissimiliter atque est obligatio, quæ ex ejusmodi stipulatione nascitur. *L. si stipulatus*, 76. in pr. *D. de verbor. obligat.* Utputa, filiusfamilias illud aut illud emit ex peculio profecticio. Qua ex caussa paratum patri acquiritur. §. 1. *Institution. per quas pers. nob. acq.* Si tamen is filius ita emerit, stipulatusve sit, illud aut illud, utrum velim: obligatio quidem patri acquiretur; at electio non acquiretur, quæ personæ filii cohæret. Idemque in servo stipulante, eamdemque electionem sibi excipiente placuit. *d. L. si stipulatus*, 76. *L. ult.* in pr. *de verb. obl.* Quapropter et si quis paterfamilias eodem modo sibi stipulatus fuerit, illud aut il-

1) Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 34. Non hic petenda est libello disjunctive utraque summa, sed sola minor. Et si solvat debitor majorem quod in ea amplius est, solvitur non vi contractus vel obligationis*, sed donationis.

2) Quod declarare nititur Gomez. *d. C.* 11. *n.* 40. si scilicet pretiosior perempta vilior mansit. Nam si contra, debitorem liberari vult æstimatione rei peremptæ præstita per *L.* 47. §. 3. *de leg.* 1. Quæ sententia æquitatem habet, si casu res, citra culpam vel factum debitoris perierit, vid. Briss. *Lib.* 1. *de solut. p. m.* 342. A. Fab. 2. *Conject.* 15.

3) Electio quando creditoris sit, vid. Moll. 1. *Semestr.* 27.

illud, utrum volam: dicemus eo ante electionem mortuo hanc non transire ad heredes; eadem illa ratione scilicet, quia hæc electio sit personalis, ut definitur generaliter in *d L. si stipulatus*, 76. Quæ autem personalia sunt; ad heredes non transeunt. *L. non solum*, §. *tale*, *D. de lib. leg.* Scio vulgo eum locum contra accipi, quia ita verba sunt, *hæc electio personalis est: et ideo servo, vel filio talis electio cohæret. In heredem tamen transit obligatio, et ante electionem mortuo stipulatore.* Quasi his verbis distinguatur stipulatio servi et filii a stipulatione patrisfamilias: ut ex illorum stipulatione non transeat electio ab his excepta ad dominum aut patrem: ex hujus autem stipulatione transeat ad heredes. Quasi idem sit transire obligationem istam ad heredem, et ad heredem transire electionem. Quod longe aliter se habet. Et omnino hoc voluit Paulus: cum quis sibi stipulatus est illud, aut illud utrum vellet; si prius mortuus sit, quam eligeret, electio quam sibi excepit, personalis est. Quo ipso satis sua sponte intelligebatur [4] eam non transire ad heredes, uti est conditio eorum omnium, quæ sunt personalia, sed nihilominus transit obligatio, idest illud aut illud debebitur heredibus itidem ut stipulatori: verumtamen non utrum volent, ut prius velle potuit stipulator, sed utrum volet debitor, ad quem electio necessario rediit, amissa prius stipulatoris electione, quæ morte ejus finita est.

VII. Quod si in hoc genere stipulationis nihil nominatim de electione cautum sit, et exceptum stipulatori: certi juris definitio est, tradita multis locis, In alternativis obligationibus, seu pluribus rebus disjunctim in obligationem deductis electionem esse [5] debitoris, quam velit dare. *L. plerumque* 10. §. *ult. D. de jur. dot. L. qui ex pluribus*, 105. *D. de verb. obl.* §. *huic autem*, *Inst. de act. L. si in emptione*, 34. §. *pen. D. de contr. empt. L.* 2. §. *Scævola*, *D. de eo quod cert. loc.* Sumptum ex illa superiore regula de interpretatione ambiguæ et incertæ conventionis. Quoties in stipulationibus aliquid ambigui aut incerti est, quod aliunde conjectura explicari non possit, verba contra stipulatorem interpretanda esse pro promissore. *L. stipulatio ista*, 38. §. *in stipulationibus*, *D. de verb. obl. L. cum quæritur*, 26. *D. de reb. dub.* Illud in hac electione quærendum non est, sitne ea personalis, an non sit, utrum a debitore transeat ad alios, an non transeat. Nam cum dicatur hanc electionem debitoris esse; satis declaratur eos omnes, ad quos hæc obligatio pervenit, ut debitores fiant, hanc electionem habere ex verbis ipsis definitionis. Hac electione debitori constituta, qualis inde stipulatoris petitio et intentio esse debeat, intelligitur. Hæc erit nimirum, ut quemadmodum nihil dum certi debetur, ubi non constat, qui debitor datum velit, sed tantum illud aut illud; ita illud aut illud petere stipulator debeat, formam videlicet stipulationis et debiti secutus. §. *huic autem*, *Inst. de act.*

VIII. Sed utrius ex contrahentibus erit electio in rebus, uter etiam pro jure suo unam ex promissis rebus elegerit: nondum tamen electione certum factum est, quid debeatur, nisi hæc ipsa electio rata sit, ut mutari non possit, ut supra definivimus. Non enim est electio, quam quis mutaverit, si modo potest mutare, et ad aliam rem transire. Hinc secundo loco quæritur liceatne ei, cui electionem damus, sive stipulatori, sive promissori, cum aliquando elegerit, in eo mutare voluntatem, et rursum aliud eligere. Et tertio, si potest, quamdiu possit. Quorum de utroque conjunctim dicemus, quando utrumque ad potestatem mutandæ voluntatis pertinet. Et in hac re alia caussa habita est stipulatoris, alia debitoris. Stipulator mutare interdum potest, interdum non potest. De quo statuendum est pro eo, ac sunt verba, quibus sibi electionem constituit. Interesse enim visum est, utrum ita stipulatus sit, illud aut illud dabis, utrum volam? an vero illud aut illud, utrum voluero? ut si quidem hæc fuerit conceptio, utrum volam; donec judicium dictet, id est litem contestetur, mutandi potestatem habeat: sin ita, utrum voluero, cum semel elegerit, mutare voluntatem non possit. Hoc in *L. si quis stipulatus*, 112 in pr. *D. de verb. obl.* Ex vi verborum ductum videlicet. Nam hoc verbum, *volam*, tractum ha-

4) Quod probat pluribus Donellus noster ad *d. L.* 76. *n.* 3. 4. 5. (1) Quia personalis hæc electio non tantum in servo vel filio, sed et in homine sui juris, tum quia IC. dicit *fuerim* non *fuerit servus*, *etc.* tum quia alias non rite inferret *et ideo*, *etc.* sed idem diceret. (2) Electio est voluntatis: Ergo *L.* 4. *Locati* (3) in servo filioque eadem personalis non ob personam servi filiive; nihil minus, sed natura sua. (4) Facilius quid transit ad dominum quam ad heredes, quia etiam invito domino acquiritur (5) per *L.* 18. *de R. I.* Dices quæ ratio dubitandi quin obligatio transeat? Resp Illa. Quia electio stipulationis pars, videbatur esse stipulatio conditionalis: si voluerit stipulator, cujus conditio morte extincta. Obstat *L.* 75. §. *pen. de leg.* 1. Resp. Don. *n.* 5. ideo ibi electio legatario, quia prius testator, idemque stipulator eligit. Legando enim eo ipso eligit quod legatarius electurus. Proinde electio legatarii non constituit electionem, quam sibi testator stipulando exceperat, sed declarat, arg. *L. asse* 77 *de her. inst.* Quare transit ibi ad heredem non electio futura, sed antea constituta.

5) *C. in alternativis* 70. *de R. I. in* 6. idque tam in onerosis, quam lucrativis contractibus, vid. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 39. De vi, et natura, significatione, et effectis disjunctivarum seu alternativarum pluribus Greg. Lopez. *Animadv. C.* 20. *et* 4. *seqq.*

habet futuri temporis, ut *ibidem* dicitur. Et ut alibi, extensivum est, ad omne scilicet futurum tempus pertinens. *L. filii, D. ad Tertyll.* Ut dicendum sit, quodcumque stipulator volet postea, et quoties volet, semper voluntatem esse congruentem verbis, quibus sibi cavit. At illud, *voluero*, habet significationem præteriti temporis, quod tunc declaretur postea, cum stipulator voluerit. Hoc vero cum præteriit, amplius revocari non potest. Quo fit, ut cum semel dixerit se illud velle, electionem consumpserit, cum quidquid volet postea, semper necesse sit electionem ad id, quod præteriit, id est quod voluit antea, referri. Sed etsi electionem sibi constituerit verbis in futurum tantum conceptis; non longius mutandæ voluntatis potestatem habet, quam usque ad litem contestatam. Lite semel contestata quam prius habebat, amittit, *d. L. si quis stipulatus*, 112. *de verb. obl.* Non utique ideo, quia litem sit contestatus. Nemo enim litem suam contestando deteriorem conditionem suam facit: *L. non solet, L. nemo enim*, seq. *D. de reg. jur.* sed quia litem contestando simul eligendæ alterius rei potestatem debitori remisit: quod non fit ante litem contestatam, quanvis semel elegerit. Nam ante illud aut illud debitum fuit stipulatori: nec cum is unum eligit, ideo constituit novam obligationem, in qua illi non sit eadem electio, quæ prius fuerat. In lite autem contestanda unum tantum judicio petit, nempe quod vult. *d. L. ubi*, 75. §. *qui illud, de verb. oblig.* Unum petendo, mutat obligationem. Facit enim ut debitor rem judicio petitam proprie debeat: quoniam judicio nova contrahitur obligatio de eo, quod in judicium deducitur. *L.* 3. §. *idem scribit, D. de pecul.* Re petita deberi cœpta, fit locus regulæ juris, qua placet solutione ejus quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Cujus non hæc solum significatio est, ut si quid creditor oblatum ultro acceperit, debitor liberetur: sed etiam ut debitor solvere possit invito creditore, atque ita liberari *L. obsignatione, L. invito, C. de sol.* Quod si ita est, sequitur, ut creditor invito debitore amplius aliud petere non possit, et quod idem est, ut alterius rei solvendæ necessitatem debitori eodem facto remiserit. Vide plura in commentariis ad *L. qui ex pluribus*, 106. et *L. si quis stipulatus*, 112. *de verb. obl.*

IX. Alia debitoris caussa est in ea electione, quæ illi tribuitur. Placet eum cum elegit posse semper voluntatem mutare, neque id solum, sed et perpetuo, donec solverit, id est, non solum ante, sed etiam post litem contestatam. Neque id solum, sed etiam post rem judicatam, donec ad executionem judicati ventum fuerit. Hoc in *d. L. qui ex pluribus, L. eum qui certarum*, 138. §. *ult. D. de verb. obl.* Cur hæc tam varie? In caussa est dissimilitudo petitionis, quæ alia est, cum creditoris electio est: alia, cum debitoris. Jam dixi, cum creditor electionem habet, eum rem unam certam pro jure suo petere. Hæc illi petitio electionem suam adimit, ut ostendi. Cum autem debitoris est electio, ibi hæc creditoris petitio est, ut illud aut illud petat, uti et verbis debebatur. *d.* §. *huic autem, Inst. de act.* Hæc petitio non modo electionem priorem debitori adimit, sed etiam maxime et aperte conservat. Quod si petitio: etiam res eodem judicio judicata conservabit. Placet enim sententiam judicis congruere debere petitioni institutæ *L. ult. C. de fid. lib.* Hujus differentiæ alia ratio reddita videtur in *d. L. eum qui certarum*, 138. in fin. Sic autem verba sunt: *cum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licet sibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo quod præstaturus sis, quia diversa caussa est voluntatis expressæ, et ejus quæ inest.* Sed hæc ratio eadem est cum superiore. Nisi quod eadem est tantum ex parte, ut cui desit rationis ratio. Est autem hæc sententia. Occurrit his verbis Venulejus tacitæ objectioni, quæ noscebatur ex persona stipulatoris, cum is electionem habet. Nam hunc placet, cum judicio egit, et unum elegit, jam amplius voluntatem mutare non posse. Respondet ille mirum id videri non debere. Aliam enim hic caussam esse voluntatis expressæ, id est stipulantis nunquam electionem nisi expressa voluntate habentis: aliam voluntatis ejus quæ inest, id est debitoris electionem jure ipso et tacite habentis, non expressa conventione. Id ipsum et nos diximus. Sed non exprimit, quare horum sit diversa caussa in voluntate expressa, et ea quæ tacite inest. Nos ostendimus, et huc ratio a nobis supra reddita pertinet.

X. Hæc de potestate mutandæ prioris electionis aliter observantur in rebus disjunctim legatis. Nam si testator ita leget; *Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato: cum semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.* L. hujusmodi, 84. §. *Stichum, D. de leg.* 1. Et tamen heres in hoc legato debitor est. Et quod multo proclivius dictu est, si vice versa testator ita leget: Stichum aut Pamphilum Titio dari volo, utrum volet. Si is dixerit, utrum

utrum velit sibi dari, voluntatem mutare non poterit, ut alium postea eligat *L.* 5. *D. de leg.* 1. *L. apud*, *D. de opt. leg.* Id ratio legati per electionem statim quæsiti facit: quæ nisi cogeret ita statui, potius dicendum fuisset in testamentis plenius voluntatem testantis fuisse in hoc genere interpretandam juxta regulam juris. *L. in testamentis*, *D. de reg. jur.* Quod ita fieret, si quam electionem testator heredi aut legatario datam voluit, eam liberiorem et minus adstrictam his tribueremus. Sed, ut dixi, legatum post electionem legatario quæsitum prohibet. Ubi heres ex duabus rebus disjunctim legatis dixit se illam dare velle; si consistat electio, facit ea electione, ut quod elegit, perinde habeatur quasi ab initio legatum esset. *L. cum incertus*, 13. *D. de leg.* 1. Ideo statim dominium ejus rei tanquam legatæ [6] transit in legatarium, ut est jus omnium rerum legatarium. *L. a Titio*, 64. *L. de furt.* Rem legatario semel quæsitam heres invito adimere non potuit. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. jur.* Quod fieret, si per ea liceret aliam legatario mutata electione offerre. Similiter cum legatarius pro electione sibi tributa dixit se unam rem velle; quia electione hanc certam legatam facit, ideo eodem illo jure et hujus dominium statim ei acquiritur. Quod cuiquam acquisitum est, id ab eo repudiari non potest. *L.* 1. §. *decretalis*, *D. de succ. ed.* Repudiaret autem legatarius, si omissa ea quam elegit, liceret ei ad alterius petitionem transire. Unde bene dictum in *d. L. apud de opt. leg.* legatarium prima testatione superiore omne jus legati consumpsisse. Nulla ejusmodi acquisitio est stipulatori ex alterius contrahentium electione. Sive enim stipulator dixerit velle se sibi dari rem unam, quam demonstravit, sive promissor constituerit se unam certam dare velle: non eo magis stipulatori acquiritur. Traditionibus enim non nudis pactis dominia rerum acquiruntur, multoque minus nuda testatione voluntatis. *L. traditionibus*, *C. de pact.* Sic fit, ut ex caussa conventionis electio solam rem integram servet eligenti, nisi aliud convenerit: in legatis electio dominium in legatarium transferens, id est rem integram esse non sinens, jus legatarii consumat.

XI. Atque hæc conditio et vis est promissionis disjunctivæ, cum eadem oratione res plures disjunctim promittuntur. Dissimilis conditio obligationis, cum res plures disjunctim promittuntur diversis orationibus. Quod tunc accidit, cum pœnalis stipulatio præcedenti conventioni puræ subjecta est; Veluti, cum ita stipulor, fundum illum dabis? si fundum non dederis, decem dabis? vel navem facere spondes? si non feceris, centum dabis? Illud tamen huic speciei cum superiore commune, quod et hæc ipsa, quid horum debeatur, et cujus sit petitio, propter alternationem rerum incertum facit, quæ incertitudo hic quoque explicanda est. Ac tria sunt in hac specie, quæ quærantur. Primum an exsistente pœnalis stipulationis conditione, nihilominus prior stipulatio aut alia justa conventio integra maneat, ut ex ea agi possit: an vero quasi facta prioris novatione sola pœna peti possit. Secundum, si pœnali stipulatione commissa nihilominus duæ manent stipulationes, et utraque stipulatione promissum debetur: debeaturne utrumque simul, an vero alterum tantum, et quatenus. Tertium, si alterum tantum debetur, utrius sit electio stipulatorisne utrum petat, an promissoris utrum solvat. De quibus dicam brevius, quia pluribus totus hic locus a me expositus est ad *L. ita stipulatus*, 115. in fin. *D. de verb. obl.*

XII. Prima igitur hic quæstio est de eo quod debetur an commissa pœnali stipulatione supra scripta, novatio prioris fiat, ut sic sola pœna debeatur ex posteriore; an vero utraque stipulatione manente debeatur utrumque, et quod prius in obligationem deductum erat, et pœna. Rem dubiam fecerunt scripta veterum relata in Pandectas in speciem de hac re contraria. Nam utramque conventionem manere, et ex ea agi posse traditur in his locis. *d. L. ita stipulatus*, 115. in fin. *de verb. obl. L. si quis a socio*, 41. *L.* seq. *L. duo*, 71. *D. pro soc. L. prædia*, 28. *D. de act. empt. L. qui Romæ*, 122. §. *Flavius*, *D. de verb. obl.* Contra in *L. obligationum fere*, §. *ult. D. de obl. et act.* diserte ita scriptum est: *Si navem fieri stipulatus sim, et si non feceris, centum:* exsistente sequentis stipulationis conditione magis esse, ut prior stipulatio transfundatur in posteriorem, et quasi novatio prioris fiat. Quod nihil aliud est, quam exsistente pœnalis stipulationis conditione, id est si factum non sit, quod prius promissum erat, solam pœnam hinc deberi priore stipulatione sublata. Quæ breviter ita concilianda sunt, ut referre visum sit veteribus, quid prius promissum sit, res an factum: et præterea qualis fue-

6) Ita Briss. *Lib.* 1. *de Solut.* quia optionem statim sequitur dominii translatio, lege ipsa ultimas voluntates ad exitum perducente, vid. *plurib.* Simon. de Præt. *Lib.* 1. *de Interpr. ult. vol. Interpr.* 1. *Dubit.* 5. *Sol.* 3. *et* 4.

fuerit ea conventio. Si prior stipulatio fuit in dando, veluti, Pamphilum dabis? si non dederis, centum dabis? placebat nunquam pœnali stipulatione prioris conventionis novationem fieri, sive ea conventio verbis non constaret, sive esset stipulatio: sed commissa pœna utrumque deberi ac peti posse, Pamphilum, et pœnam. Hoc non obscure indicatur in *d. L. ita stipulatus*, 115. in fin. Sed etsi prior conventio esset in faciendo, si tamen id de quo faciendo convenit, non stipulatione cautum esset, sed alia conventione justa citra stipulationem: obtinebat hic quoque ea sententia, quasi non videretur prioris conventionis novatio fieri, sed commissa pœnali stipulatione ex utraque conventione agi posset: ex priore quidem peti id quod interest factum esse quod factum non fuit, ex posteriore autem pœna. Ut si in emptione convenisset primo inter nos, ut intra mensem vacuam possessionem traderes; et nisi tradidisses, stipulatus sim centum. Idemque in similibus conventionibus magno consensu probatum est in his locis. *L. prædia*, 28. *D. de act. empt. d. L. si quis a socio*, 41. et *L.* seq. *d. L. duo*, 71. *pro soc. d. L. qui Romæ*. 122, §. *Flavius*, *D. de verb. obl.* Quod si in priore conventione hæc duo concurrerent, ut et quid fieri promissum esset, et promissum non quavis conventione, sed stipulatione; hic constitit Pauli illa sententia superior, qua scribit existente pœnalis stipulationis conditione prioris fieri novationem: ut in illa specie; navem facere spondes? si non feceris, centum dabis? *d L. obligationum*, §. *ult. de obl. et act.* Differentiæ rationem hanc habuisse videntur veteres. Nam cum priore stipulatione res promittitur, et posteriore pœna, apparet duas res diversas promitti his stipulationibus. Quod cum fit, nunquam probabiliter dici potest pœnalis stipulatio inducta esse, ut priorem tolleret: cum potius subjici soleat prioris stipulationis confirmandæ caussa, quo scilicet magis detur, aut fiat, quod prius promissum est. *arg. in* §. *ult. Inst. de leg.* At cum priore conventione quid fieri cautum est, et posteriore promittitur pœna, ut in hac specie, navem fieri spondes? si non feceris, centum dabis? in utramque stipulationem aut eadem res deducitur, aut certe pœna commissa in prioris debitæ locum subrogatur. In utraque certe versatur pecunia facti æstimatio. Nam in faciendi obligationibus; si factum non sit, quod promissum est, pecunia debetur: nempe id quod interest nostra factum fuisse, quod promissum erat. *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus. L. si pœnam*, *D. de verb. obl.* In stipulatione pœnæ etiam pecunia, quæ pœnæ nomine promittitur. Sed esto: ne sint hæc eadem. At certe promittitur pœna, ut sit loco ejus quod interest, quo scilicet quantitas stipulationis, quæ in eo quod interest, incerta futura erat, stipulatione pœnæ certa fiat, ut declaratur in §. *ult. Inst. de verb. obl.* Ut nihil esset aliud: tamen hoc modo ex fine stipulationis pœnalis priori faciendi subjectæ colligebatur voluntas contrahentium id agentium, ut quantitas ejus quod interest transfunderetur in stipulationem pœnæ: ex hac voluntate [7] novatio, quam toties statuebant veteres, quoties contrahentes videbantur hoc animo esse, ut priorem stipulationem in posteriorem translatam vellent. §. *præterea*, *Inst. quib. mod. toll. obl.* Cur ergo non idem probabant, cum prior conventio in faciendo erat, sic tamen ut factum promitteretur alia quavis conventione justa citra stipulationem? Credo, quod ita est regula naturæ, quoniam unum quodque tollitur eodem modo, quo colligatum est: ideo stipulatio stipulationem tollere et novare possit: rem autem aliter contractam aut non possit, aut certe non soleat. *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. jur.* Sed hæc disputatio hodie supervacua est. Nam constitutione Justiniani, quæ est de novatione, effectum est, nunquam novationem præcedentis obligationis fieri, nisi cum hoc ipsum nominatim dictum est, ut fieret. *L. ult. C. de novat.* §. *præterea*, *Inst. quib. mod. toll. obl.* Post quam constitutionem in quæstione proposita dicemus, sive

7) Ita et noster ad *L.* 115. *de V. O. n.* 31. *et seqq.* et consentit Briss. *Lib.* 2. *de solut. Tit. de Novat. pag.* 391. Sed P. Grangian. *Paradox.* C. 33. nec in facti obligatione novationem hic admittit *per L.* 4. §. 7. *de re jud. L.* 113. *de V. O.* et ad *d. L.* 44. §. *ult.* Resp. ex voce *quasi umbram* ibi novationis esse, non veram, et simpliciter eam fieri negat, Cujac. *ad L.* 10. §. 1. *de pact.* et A. Fab. *ibid.* qui vult *d. L.* 44. §. *ult.* plane non agere de pœnali stipulatione, sed comprehendere certam summam pro taxatione ejus quod interest ad evitandum probationis onus *L. ult. de præt. stip.* ac Gœd. *de Contr. stip.* C. 5. *Concl.* 7. *n.* 54. *et seqq.* quia hic promissio alternativa ac utrumque sub conditione debetur; finis hujus non ut infirmet, sed ut firmet, securioremque reddat creditorem. Nec diversum esse in stipulatione faciendi, quia etsi in ea quod interest debetur, non tamen principaliter, sed in subsidium sub conditione facti non sequuti. Quo non sequuto adhuc liberum est omissa pœna id quod interest persequi, etc. Contra Hotom. *Ill. Q.* 10. aliter Curt. 1. *Conject. ad Viv.* 20. Hieron. Torniell. in *Q. An et quando pœn. stip. aliam novet ad Leg.* 115. *de V. O.* tribus conclusionibus quasi ita expedit. (1) Non novat si ex intervallo sequatur *L.* 4. §. 7. *de doli exc.* (2) Non item si obligatio principalis ex contractu seu dispositione diversa ab ea qua inducitur obligatio pœnalis *d. L.* 71. *Pro soc. et C.* 5. Novat autem semper ubi inducitur ex eadem dispositione *d. L.* 115. (quæ hoc non probat, sed contractum) Vasq. 1. *Ill. Contr.* 29. *n.* 5. ita: Cum pœna conventionalis adjiciatur, quo magis promissio servetur, ad unum effectum inducta non potest operari contrarium. Sed ex verosimili mente contrahentium hæc a Lege fit interpretatio, ut alternativa sit obligatio, ac vel factum expleatur, vel in ejus defunctum pœna præstetur. Qua præstita tollitur et novatur prioris facti obligatio *L.* 14. *C. de pact.* Male. Tunc enim non nova obligatio succedit in locum veteris, sed omne debitum solvitur.

ve stipuler Pamphilum, et nisi dederis, centum: sive stipuler navem fieri, et nisi feceris, centum: et generaliter quæcumque stipulatio præcesserit, sive dandi, sive faciendi: hoc juris esse, ut si datum, factumve non sit, quod ante promissum erat, atque ita commissa sit pœnalis stipulatio, utrumque debeatur, et quod prius in stipulationem venerat, et pœna posterius promissa.

XIII. Sequens igitur quæstio est, cum placeat utramque stipulationem manere, et quod in utramque deductum est deberi: utrum debeatur simul utrumque, an vero alterum tantum, ut præstetur. Et si quidem nominatim convenit, ut existente stipulationis pœnalis conditione, præstaretur utrumque simul, et res promissa seu in faciendi obligationibus id quod interest, et simul pœna; non abs re conventionem quæ de re privata est, servandam esse placuit. *d. L. ita stipulatus*, in fin. *D. de verb. obl. L. pen. D. de trans.* Sin de eo nihil aperte convenit, conditio pænalis stipulationis ostendit, alterum tantum ex his deberi, et peti posse. Sive enim datus est Pamphilus, ideo pœna peti non potest, quia conditio pœnæ hæc erat, si Pamphilus datus non esset: sive pœna soluta, ideo Pamphilus peti non potest, quia hac conditione tantum debetur pœna, si Pamphilus non detur. Certe unum consecutus si alterum petat, etsi summo jure commissa sit utraque stipulatio, tamen petens doli mali exceptione potest summoveri. Intelligitur quoque hæc pars ex *d. L. ita stipulatus*, in fin. *de verb. obl.* expressa est in *L.* 4. §. *Labeo ait*, *D. de dol. mal. exc.* Pœnam consecutus, si bonæ fidei judicio agat in id quod interest, quia factum non sit id de quo prius convenerat, ut pro socio, aut ex empto: placet usque ad pœnæ quantitatem ipso jure his judiciis agi non posse. *L. prædia*, 28. *D. de act. empt. L. si quis a socio*, 41. *D. pro soc.* Hoc ideo, quia bonæ fidei judicio exceptiones insunt. *L.* 3. *D. de resc. vend.* Sane unum consecutus hactenus non potest alterum petere, quatenus fuerit jam ante consecutus. Quod si quid amplius erit in altero, hactenus de eo agere non prohibetur, ut declaratur in *d L. si quis a socio*, et *L. seq. D. pro socior d. L. prædia*, *D. de act. empt.*

XIV. Postremo quæritur, cum alterum tantum dari, et peti debeat, utrius velimus esse electionem, creditoris, an debitoris. Nam et hic utrum dicamus, ad rationem ejus quod debetur, multum interest. Et placet, idque ex genere stipulationum perspicuum est electionem esse creditoris, utrum petat, non debitoris utrum solvat. *d. L. si quis a socio*, et *L. seq. pro soc. L. prædia*, *de act. empt.* expressum in *L. rescriptum*, §. 1. *D. de pact.* Nihil ad rem pertinet, quod rebus duabus disjunctim promissis placet electionem esse debitoris. Nam cum stipulor Pamphilum dari, et si non dederis, centum; non stipulor has res duas disjunctim una stipulatione, sed singulas separatim propriis stipulationibus, quarum unaquæque suam vim obtinet. Quæ res facit, ut cum stipulatus sim pure Pamphilum, statim eum mihi debeas, et ego statim possim petere. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl.* Quod si pœnalis stipulatio subjecta non tollit hanc priorem, perspicuum, quæ potestas petendi ex priore stipulatione mea erat, eam etiam post pœnalem stipulationem commissam meam manere, eoque in arbitrio meo esse, ex utra stipulatione et conventione quæ mei juris est, experiar.

CAP.

CAP. III.

In conventionibus faciendi venire in obligationem id quod interest: Hoc quam recte: Quæ hinc petitio, et condemnatio: a reo quæ solutio.

De eo quod interest in faciendi conventionibus, et ejus incertitudine breviter hic auctor disserit; et quare. I.
Cum factum promittitur, solum id quod interest, venit in obligationem, ut ex eo agi possit. II.
Contrariis occurritur. III.
Martini interpretis et quorumdam recentiorum opinio cum auctoritate, tum ratione revincitur. IV. V. VI.
Duo præ cæteris illius opinionis momenta infirmantur. VII.
Stipulator in faciendi conventionibus tantum id quod interest potest petere, aut facti utilitatem. VIII.
Promissor ante litem contestatam factum præstando liberatur: postea etsi facere velit, non auditur. Quæ differentiæ ratio. IX.

I. Atque hæ caussæ sunt incertitudinis, quæ de re promissa nascatur ex conceptione conventionis. Etiam rei promissæ conditio, ut proposui, interdum incertam promissionem facit. Quod accidit in faciendi conventionibus: in quibus cum factum promittitur, placet tamen deberi aliud, nempe id quod interest, si tamen id recte probamus, de quo mox. Quo posito, rursum alia de re incertitudo nascitur. Nam hoc ipsum, quod interest; quid sit, ubi sit, quid contineat, incertum. Quare res postulat ut de his hoc loco dicatur. Quod faciam brevius, quoniam memini ista a me alibi tractata esse variis locis fusius. Tantum nunc dicam quantum huic loco convenire videbitur.

II. Et quoniam prima hic quæstio est, quid in hoc genere conventionum debeatur, de eo statuatur nobis hoc primum, cum quid fieri promissum est, venire in obligationem id quod interest. Quod sic interpretandum est ut si de efficaci obligatione quæritur, nunquam aliud in obligationem veniat, quam id quod interest. Sane enim ab initio hactenus in obligatione est factum promissum, ut promissor id faciendo, quod promisit, liberetur: sed nunquam ita, ut peti possit. Nam quandiu perseverat id tempus, intra quod fieri potest, quod promissum est, ex stipulatione faciendi agi omnino non potest. *L. si ita stipulatus*, 14. *L. interdum*, 73. *D. de verb. obl.* Postquam autem id tempus præteriit, ibi quidem obligatio efficax nascitur, ex qua et agi potest. At tum non jam aliud in ea obligatione et petitione versari incipit, quam id [1] quod interest. Quod si probatur, tum intelligetur vere dici, quod supra posui in obligationem faciendi ut quidem agi possit non aliud venire, quam id quod interest. Id quia multis ostendi et ex professo ad *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus, D. de verb. obl.* nunc paucis agam. Et in quamcumque partem nos vertamus ex his, quæ aut constituunt obligationem, aut efficiuntur ex obligatione, omnia concurrere reperiemus in sententiis veterum, quæ hanc sententiam constanter non tam arguant, quam exprimant. Obligationis faciendi caussa est ipsa faciendi stipulatio et conventio. At de ea ita veteres tradiderunt, in stipulationem faciendi venire: et ne qua dubitatio hic relinquatur, addunt semper venire id quod interest. Prius traditum diserte in *L. si pœnam*, 68. *D. de verb. obl.* posterius in *L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. D. eod.* Ex quo est etiam, quod id quod interest dicitur quantitas stipulationis

1) Consentit Baro *in pr. I. de V. O. et Lib. 3. de divid. et in- divid. obl. C. 4.* Duar. *ad L.* 13. *de re jud.* Gomez. 2. *Resol.* 10. *n.* 22. *et DD.* com. teste Jas. *in d. L.* 13. *ref.* Parlador. 1. *Rer. quotid. C.* 6. §. 2. *n.* 1. Gœd. *ad L.* 75. *de V. S. n.* 2. sic distinguit: Aut nudum factum, nihil aliud significans quam corporalem effectionem, ut fodere, insulam ædificare, et liberatio ex præstatione ejus quod interest. Aut jus continet seu effectum juris post se relinquit, veluti restitutionem, redditionem; et obligatus præcise cogitur præstare quod promisit *R.* 1. *de act. empt. L.* 68. *de R. V. L. ult. de fid. lib.* Idem plenius hanc quæstionem tractat de *Contr. stip. C.* 9. *Concl.* 4. Exceptiones seqq. subjicit Gomez. *d. lo.* (1) Quando factum explicari debet in judicio. (2) Quando ex legis dispositione obligatus, ut in novi operis nunciatione præcise cogitur demoliri (3) Ex dispositione testatoris facere jussus. (4) Si accessit juramentum (quod et probat Fachin. 3. *Contr.* 17. tum ut aliquid operetur, tum quia favore libertatis *L.* 122. §. 2. *de R. I.* ac Reipublicæ *L.* 11. §. *ult. de Leg.* 3. obligatio facti præcisa exemplo et favore religionis) (5) Restitutio in actionibus realibus. (6) Si factum id non concernat commodum pecuniarum: ut profiteri pro certo salario artem aliquam. (7) Traditio in contractu emptionis, etc. add. *Jo. Bapt.* Costa *de Facti scientia et ignor. Inspect.* 35.

nis faciendi in §. *ult. Inst. de verb. obl.* Quid est enim quantitas stipulationis, nisi quantitas, quæ in stipulatione continetur? et quæ continetur, nisi quæ in eam deducta est? Vel hoc unum satis erat, ut intelligeremus, quo id quod interest in stipulationem faciendi venit, id ex ea stipulatione dari et præstari oportere, ubi factum non esset, quod promissum est. Id enim debetur et præstandum est ex stipulatione, de quo præstando convenit. §. *huic autem*, vers. *qui igitur*, *Inst. de act.* At ne id anxie requireremus, expressum est alibi a veteribus. Sic enim Ulpianus in *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *de verb. obl.* Celsus libro trigesimo octavo *Digestorum* refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum pecuniam dari oportere. Pecuniam hic vocant id quod interest æstimatur certa pecunia, quæ pecunia deinde eo nomine penditur. Jam illa, quæ ex obligatione efficiuntur, et tanquam effecta caussam suam necessario arguunt, spectemus: quæ sunt, petitio hinc nata, et ex petitione condemnatio. Plane et hæc ipsa in eandem sententiam concurrere videbimus, et quidem definitionibus veterum iis, quibus nihil possit dici clarius. De petitione ita scriptum est in *L.* 1. *D. de act. emt.* si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur. De condemnatione definitum ita generaliter in *L. si quis ab alio*, 13. in fin. *D. de re jud.* evenire hoc in omnibus faciendi obligationibus, ut qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnetur. Jam autem dixi, pecuniam hanc esse æstimationem ejus quod interest. Qui igitur id quod interest, hic peti potest? An non quia debetur? Omnino: solum enim peti potest ex stipulatione, quod inde dari oportet, seu quod inde debetur. *d.* §. *huic autem*, *Inst. de act.* Neque alia superioris condemnationis significatio est. Nam si condemnationem petitioni institutæ convenientem esse oportet, ut non in aliud condemnetur reus, quam in id, quod petitum et in judicium deductum est, ut faciendum esse præcipitur in *L. ult. C. de fid. lib.* qui dixit in faciendi obligationibus condemnationem fieri in id quod interest, vi ipsa hoc dicit etiam id quod interest in judicii petitionem venisse; et quia venit, etiam ex stipulatione debitum fuisse. Quæ cum omnia tam probe inter se consentiant, et in unam eandemque sententiam superiorem velut conspirent: dubitari non debet, quin recte ita definiatur, in faciendi obligationibus ab initio quidem factum in obligatione esse, ut id præstando reus obligatione liberetur. At postquam transiit tempus, intra quod fieri poterat, quod promissum est, exinde solum obligatione contineri, et deberi id quod interest, seu eam pecuniam numeratam, quam eo nomine præstari dicimus.

III. Sed hoc loco statim nobis occurritur. Unde enim hic quod interest in obligatione, cum factum promissum sit, non id quod interest; ante autem dixerimus, quod et certi juris est, in omni conventione de re aliqua præstanda id solum deberi et recte præstari, quod promissum est: quod autem promissum non est, non recte? *d.* §. *huic autem*, *Institution. de action. L. stipulatio ista*, 38. §. *inter*, *D. de verb. obl. L. qui promisit*, *D. de cond. ind.* Dicendum est etiam secundum hanc regulam in faciendi stipulationibus statui obligationem ejus quod interest, qua et hoc ipsum in stipulationem deductum intelligatur. Non promittitur verbis: at promittitur sententia contrahentium. Semper autem etiam in stipulationibus, ac non tantum in cæteris contractibus id sequimur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. jur.* Sententia hæc ex fine omnibus factum stipulantibus proposito intelligitur. Nemo factum stipulatur propter factum, id est propter operam, quæ in faciendo adhibetur; sed propter utilitatem et fructum qui ex facto percipitur. Factum enim per se stipulanti inutile est, ut quod statim evanescat semel emissum, eoque nec haberi a quoquam possit. Utilitas facti est id, quod ex facto quæritur, et cujus caussa interponuntur omnes stipulationes utpote inventæ, ut acquirat quisque quod sua interest. *L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, *D. de verb. obl.* Ut puta, stipulatur quis insulam ædificari. Quorsum? non utique propter ædificationem, seu ut interponatur solum opera ædificationis: sed ut ex opera consequatur insulam, et ex insula utilitatem insulæ, quam spectavit. Alioqui insulam fieri quivis recte stipularetur non demonstrato loco, ubi fieret, aut demonstrato alieno: quoniam ubicumque ædificaretur, semper eadem esset opera, atque idem factum. Nunc autem ita facta stipulatio non demonstrato loco, aut adjecto alieno, non valet: quia nulla inde utilitas est stipulatori. *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verb. obl. L.* 2. §. *si quis ita*, *D. de eo quod cert. loc.* Eademque est cæterorum factorum ratio. Huc ergo recte adhibebitur vulgatum illud, Propter quod unaquæque res talis est, et illud magis tale est. Ut amantur viri honesti propter virtutem. Multo ergo magis virtus est amabilis. Sic in hac specie recte ita dixerimus:

Sti-

Stipulator quis factum propter utilitatem facti, multo ergo magis facti utilitatem stipulari intelligitur. Immo vero utilitatem solum, quam si sine facto consequi potuisset, factum non esset stipulatus. Quo circa et illud recte dicetur, in stipulationibus et conventionibus omnibus faciendi etiam ex conventione esse, quod hinc debetur id quod interest, quia est ex sententia contrahentium, et ex eo quod actum est. Proinde et illud in universum recte, id ipsum venire in obligationem, si factum non sit, quod fieri debuit.

IV. Et nemo est, qui dubitet ita esse, si quidem id quod fieri debuit, amplius præstari non potest. Nam pro eo quod non est, nec esse potest, quid aliud præstetur, quam æstimatio facti; ea autem est æstimatio ejus quod interest. At quid si promissor adhuc facere possit, quod promisit: an non potius adhuc factum in obligatione est, ut ante, quamvis præterierit id tempus, quo fieri poterat, neque interim factum sit: an non denique potest recte adhuc exigi a promissore, ut faciat, et si recuset juste cogi potest ad faciendum? Et sententia Martini veteris interpretis fuit, ut est in glossa Accursii ad *L.* 1. *D. de act. empt.* refricata nostra ætate [2] a nonnullis, quandiu fieri potest, quod promissum est tamdiu factum ita deberi, ut et peti possit, et debeat in condemnationem deduci, denique ita ut promissor ad faciendum præcise cogi possit. Sententia nullo certo testimonio, nullo auctore ex veteribus usquam constituta: tantum arrepta primo propter speciem æquitatis, quæ in hac re versari videtur, et maxime ex generali edicto de pactis, quo placet pacta servanda esse. *L. jurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Post deinde aliis in hanc rem temere accersitis et contortis locis defensa. Sed sententia falsa est, et multis locis refellitur non obscure. In quibus colligendis non ero hoc loco longior; quia a me de jure et æquitate totius hujus quæstionis scriptum est accuratius ad *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* Sed tamen ne speciosus error cum multis hic nos teneat, paucis attingam, si prius illud monuero, si quid hic auctoritas interpretum facit, doctissimos veterum interpretum, et eosdem ex omnibus cordatissimos habitos idem et de ea sententia judicasse, ac contrariam quam volumus quæ et verissima est, probasse; Joannem dico, Azonem, Hugolinum, et qui ab Accursio commemorantur ad *d. L.* 1. *de act. empt.* Spectentur ergo hic primum juris auctorum de hac re definitiones: quas falsas esse necesse est, si illa sententia vera est. Sic veteres definiunt, in stipulationem faciendi venire id quod interest. *d. L. si pœnam*, 68. *D. de verb. obl.* Falsum, si aliquando, et ut plurimum non venit. Quinetiam in *L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. D. eod.* Scriptum est in stipulationem faciendi, qualis illic proponitur, non solum venire id quod interest, sed etiam semper venire. Isti contra dicunt non semper venire: nempe tunc cum factum præstari non potest. Generalius et planius ita definiunt veteres: si quis non facit, quod promisit, pecuniam dari oportere; reum in pecuniam numeratam condemnari. *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb. obl.* *L. si quis ab alio*, §. *ult. D. de re jud.* Bis vitiosa sententia, si quandiu factum præstari potest, id debetur, et condemnatione judicis extorqueri debet. Primum falsa sententia: quia fieri potest, ut promissor non faciat, atque adeo nolit facere, quanvis possit, si velit: ubi tamen superior sententia pecuniam, et id quod interest admittit. Erit etiam inepta sententia et indigna sano scriptore: in qua scilicet posita sit ea conditio, quæ non debuit, et rem non explicat: ea quæ debuit, et rem explicat, omissa. Nam secundum istorum sententiam ita dici debebat: si id quod fieri debuit, et factum non est, amplius fieri non possit: pecuniam dari oportet. Nisi forte isti putant recte dici, si factum non est, quod debuit, pecuniam dari oportere, et nihilominus verum esse, cum adhuc idem præstari potest, ipsum factum deberi, ut neutrum exigi possit pro arbitrio stipulatoris. Quod defendi non potest. In unius enim rei promissione absurdum est dici duas res deberi, non unam. Tum autem hæc sunt contraria, quæ in eandem rem cadere non possunt, factum præcise deberi, et deberi id quod interest. Nam si promissor præcise facere cogitur, debet facere, etiamsi nihil intersit stipulatoris.

Quod

2) Diss. namque Cujac. *ad L.* 72. *de V. O.* Coras. *ibid. et* 2. *Misc.* 3. P. Grangian. *Paradox. C.* 8. Jo. del Castillo *Contr. Quotid. de usuf. C.* 13. *n.* 13. *et seq.* Bus. 5. *Subtil.* 12. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 25. *n.* 33. *et seqq.* pluribus præ cæteris id firmans, et objectis occurrens, cujus tum rationes tum responsiones expendere volupe esset, nisi multa festinationem urgerent, et notatorum horum contractionem, quæ peragenda supersunt, poscerent. Non vero in hac sententia est Pinellus, ut falso eum citat Gœd. *d. Concl.* 4. *n.* 21. nam loquitur de sola venditoris præcisa ad tradendum obligatione. Tantum abest ut receptam sententiam hanc scribat Pinellus, ceu refert Gœddeus, quin omnes qui dissentiunt suæ contrariam opinionem communem fateantur, Vasq. *d. n.* 33. *et* 1. *Contr. usu freq.* 4. *n.* 7. ubi et ex Bartolo et DD. infert hanc rationem differentiæ. In obligatione facti compulsio esset species quædam servitutis. In dando cessat molestia personalis.

Quod si debet id quod interest, contra evenit, ut si nihil intersit stipulatoris, omnino non teneatur, nedum præcise facere cogatur. *L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. D. de verb. obl.*

V. Observetur secundo loco hæc ratio. Non potest cogi promissor ad faciendum, postquam præteriit tempus quo promissum fieri poterat, nisi tum id ipsum factum debeat, seu nisi factum sit in obligatione. Non est enim actio, multoque minus exactio, nisi de eo quod debetur, ut est definitio actionis. *Institution. de action.* in princip. At tum factum non debetur, quantumvis res sit in ea caussa, ut fieri adhuc possit, quod promissum est. Non ergo ne tum quidem factum exigi potest, multoque minus ad faciendum promissor cogitur. Nec tum factum deberi, demonstrat *L. si insulam*, 84. *D. de verb. obligat.* hoc modo: Etenim si tum factum debetur, etiam promissor post litem contestatam recte faciet, quod promiserat, et faciendo liberabitur. Certi enim juris sententia est, si ante rem judicatam is cum quo actum est, satisfaciat actori, multoque magis si solvat quod debet, eum absolvi debere. §. *ult. D. de perp. et temp. action.* At lite contestata adversus eum, qui insulam ædificare promiserat, scriptum est in *d. L. si insulam, de verbor. obl.* nihil prodesse ei ad liberationem, si tum ædificet. Quod apparet de eo scriptum esse, qui etiam ædificare potuit, et voluit. Ergo profecto promissor, ne tum quidem cum facere potuit, id factum debuit, qui alioqui præstando quod debuisset, liberaretur. Quo si non debuit, ne ab illo quidem invito factum exigi potest.

VI. Sed nihil prosint superiores sententiæ veterum et ratio superior, nisi in specie ipsa in facto compluribus in caussis nominatim a veteribus responsum est, etiam tunc, cum promissor facere potest quod promisit, tamen si id non fecerit, nihil venire in obligationem, nisi id quod interest stipulatoris; et si nihil intersit, omnino promissorem non teneri, ne dum cogi possit ad faciendum, quod nolit. Hujus generis species tres illustres præter cæteras proferri possunt. Una est hæc in *L. si pœnam de verb. obl.* Promisisti te mihi pecuniam crediturum, cum peterem. Nemo ignorat, tam facile te pecuniam mihi credere posse, quam solvere pecuniam nomine ejus quod interest. Immo vero facilius et minore periculo mutuam dare potes, quam solvere. Nam si mutuam dederis, reddere debeo: si solveris non debeo, *L. qui sic, D. de sol.* Et tamen in hac specie in *d. L. si pœnam*, dicitur nihil amplius venire in stipulationem, quam id quod interest. Ergo etiam tunc venit cum adhuc præstari potest, quod promissum erat. Altera species est, quæ luculentum hujus sententiæ argumentum habet, in *L. si ita stipulatus fuero*, 97. §. 1. *D. eod.* Promisisti te mihi soluturum Titii debitoris mei nomine. Constat te tam posse solvere nomine Titii, si is solvendo sit, quam si non sit solvendo. Itaque secundum istorum sententiam, qui volunt promissorem quod facere possit, præcise cogi ut faciat, statim præcise cogi potes, ut mihi solvas, sive Titius debitor meus solvendo erit, sive non erit. Contra quam illic diserte scriptum est, te scilicet, quia promisisti te facturum, non teneri nisi in id quod mea interest. Ideoque si locuples sit Titius, nihil me ex hac stipulatione consequi posse. Tertia species non minus evidens responsum continens, est in *L. 4. C. de act. empt.* ubi ita scriptum est, si procacia venditoris rei venditæ traditio non fiat, judicem curare debere, ut condemnatio fiat in id quod emptoris interest. Atqui non est [3] procacia venditoris, seu pervicacia, seu contumacia, nisi cum potest tradere, et non tradit. *L. contumacia*, 57. *C. de re jud.* Quare aperte hoc dicitur etiam adversus eum qui tradere potest, nec tradit, condemnationem esse in id quod emptoris interest. Proinde et tunc quoque id agi, ut generaliter alibi definitur, si res vendita non tradatur, agi in id quod interest. *d. L.* 1. *de act. empt.* Condemnatio enim ut supra diximus, petitionem sequitur. *d. L. ult. C. de fid. lib.*

VII. Multa contra consarcinantur a contrariæ sententiæ defensoribus: sive jus spectes, sive rei æquitatem. De quibus abunde respondi in commentariis ad *d. L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus de verb. obl.* Et sunt per se fere ejusmodi, ut quam non pertineat ad obligationes faciendi, aut quam in superiore sententia nihil immutent, ipsa de se non obscitanti lectori facile indicium faciant. De conventione, quæ tantum in faciendo videtur, jam ante respondi. Unum atque alterum attingam, quæ in jure non satis

3) Sed cum *d. L.* 4. loquatur de venditoris obligatione, quem ad traditionem præcise teneri verius est, vid. *supra Lib.* 13. *C.* 2. *N.* 1. dicendum ibi vel *procaciam* procacitatem inhonestam significare (Procari enim poscere est Fest. *Lib.* 14. Unde procaces meretrices a poscendo Lambin. *ad Horat.* 2. *Sat.* 6.) ac innui quod avaritia venditricis copia tradendæ rei habita non fuerit, quia forte rem alii vendidit et tradidit. Vel ad utrumque ibi teneri venditorem; ad traditionem ex contractu, ad id quod interest ex contumacia et dolosa mora, quanti videlicet interest maturius emptionem completam, remque suo tempore traditam fuisse, etc.

tis exercitatos movere possunt. Illud primum quod obligatio ex faciendi stipulatione nata dicitur obligatio faciendi. *L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud.* et quod idem valet, dicitur in faciendo consistere. *L.* 2. in pr. *D. de verb. obl.* Quomodo faciendi obligatio, nisi hoc ipsum faciendum in obligatione versatur? quomodo obligatio consistere in faciendo, nisi obligatio hoc continet, ut fiat? Dicendum est in stipulationem faciendi duas res deduci: verbis factum, sententia contrahentium id quod interest. Factum ab initio, ut proinde tum faciendo quod promissum est, reus liberetur: hoc non facto, cum posset, deduci id quod interest, ut ante ostendi. Ergo ex initio obligationem esse appellatam. Adde et ex fine summo contrahentium, quibus hoc præcipue propositum fuit, ut fieret, quod fieri promissum est. Sed ea res non prohibet, quominus ex eadem stipulatione, si factum non sit quod debuit, committatur stipulatio in id quod interest, quia et hoc actum est ut supra probavimus. Est et alterum, quod video præcipuum esse firmamentum contrariæ sententiæ. Id autem est, quod traditur in §. *aliæ*, *Inst. de don.* in venditione, ubi venditor rem venditam tradere debet, necessitatem traditionis incumbere venditori. Id vero movere nos non debet. Quod enim dicitur venditorem necesse habere rem tradere, non hanc significationem habet, ut et præcise cogi possit ad tradendum: sed ut necesse habeat cum adjuncto, si velit liberari. Alioqui semper teneatur. Sed hoc posito restabit adhuc hæc quæstio, ad quid teneatur, nisi tradat. Dicemus ex certis et notis locis, teneri eum in id quod interest. Multis hoc demonstravi in commentariis, ideo nunc supersedebo pluribus. Unus nunc locus pro ea interpretatione abunde sufficiet, quam et illic indicavi. *L. contractus*, illic, *adeo ut*, *C. de fid. inst.* ubi Justinianus idem, qui utriusque loci auctor est, eandem sententiam de traditione rei vendite repetens nominatim scribit, pretio statuto necessesitatem venditori imponi vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest ei persolvere. Eadem opera indicans necessitatem traditionis, quam alibi nominat, intelligere se necessitatem non absolutam, sed cum adjuncto. Et simul disjunctionem hic statuens, quæ secundum regulam perpetuam juris declarat electionem in hac re esse debitoris, ejusdemque venditoris, ut proximo capite ostendimus in disjunctivis obligationibus.

VIII. Ex his intelligimus, quid stipulator in hoc genere conventionum petere possit, et quid possit promissor solvere. Si debetur id quod interest: non solum recte in id aget stipulator, sed etiam in id solum, si recte actionem, et quæ adversus invitum procedat, instituere volet. Non est enim actio, nisi de eo quod debetur. *Inst. de act.* in princ. Quid tamen, si judicio ita agat, ut petat adhuc sibi fieri, quod promissum est? Non male aget: dum tamen sciamus in ipsa hac petitione nihil aliud contineri, quam facti utilitatem, ut si non faciat, reus, non cogatur facere, nec alia sit condemnatio adversus eum, quam in id quod interest. Sic legimus alicubi agi posse ex vendito cum emptore, ut ædificet quid in area vendita, et ut ædificatum mihi retradat, si quid ita in vendendo convenerit. *L. tenetur*, 6. §. 1. *D. de act. emp.* Sed et hoc ita explicatur in *L. ex empto*, 15. §. *idem ait*, *D. eod.* Nam cum prius relatum esset ex Neratio, ex empto actionem esse: ut tradatur ei possessio: subjicitur continenter. *Idem ait*, *non tradentem quanti intersit condemnari.* Ut appareat etiam sub appellatione facti volente reo nihil aliud deduci, quam facti utilitatem, id est id quod actoris interest. Vice versa si promissor ex hoc genere debet id quod interest, et id in obligatione versatur: sequitur, ut id offerendo satisfaciat obligationi, et solvendo liberetur: quando ita jus est, ut solutione ejus quod debetur, tollatur omnis obligatio. *Inst. quib mod. toll. obl.* in princ.

IX. Sed et hoc consequens esse videbatur, promissorem facti, postquam præteriit tempus, quo facere poterat, ut solvere potest suo jure id quod interest, quia debuit: ita hac ipsa de caussa aliud solvere non posse invito creditore; et si paratus sit facere quod promiserat, non esse audiendum: quia rursum ita jus est, invito creditore aliud pro alio solvi non posse *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* Quod tamen in universum non placuit: sed de eo hæc distinctio est, ut si promissor ante litem contestatam facere velit, quod prius omiserat, audiendus sit, et faciendo liberetur. Si post litem contestatam idem offerat, et faciat: nihil ei prosit ad liberationem ejus, quod interest stipulatoris factum esse, quod suo tempore debuit. Distinctio diserte tradita in *L. si insulam*, 84. *de verbor. oblig.* Cur hæc tum varie? Cur enim non idem placet ante litem contestatam, quod postea; si id quod interest in obligatione est: aut si hæc obligatio faciendi potestatem ante non impedit, cur impedit post litem contestatam? Habent ista hanc rationem. Etsi enim etiam ante litem contestatam vere id quod interest, in obli-

obligatione est, ut non ultra promissor teneatur, factum autem non est in obligatione: tamen ideo promissor interim faciendo liberatur, quia ab initio faciendi potestatem accepit ex stipulatione. Hanc potestatem amittit ille quidem summo jure mora sua, dum intra tempus constitutum non fecit, quod debuit, obligatione in præstationem ejus quod interest, translata Sed moram purgare potest ex æque et bono, ut quod mora amiserat, recipiat moræ purgatione. *L. si servum*, 91. §. *sequitur*, *D. de verb. oblig.* Quo casu non oberit ei, quod dicitur aliud pro alio invito creditore solvi non posse. Hoc enim tunc locum non habet, cum promissor facultatem aliud solvendi ex conventione ab initio accepit. Nam et alii invito creditore solvi non posse constat. Si tamen stipulatus sim a te mihi aut Titio dari, quanvis prohibeam te postea Titio solvere, solvendo tamen ei liberaberis: quia scilicet in his certam conditionem habuit stipulatio, quam, immutare non potuit stipulator. Hoc in *L. vero*, 12 in fin. pr. *D. de solut.* Sed quam facultatem faciendi, et purgandæ moræ habuit promissor ante litem contestatam, hanc lite contestata amittit. Eo fit, ut cum jam solum debeatur id quod interest, et debeatur sine exceptione; non liberetur promissor faciendo: quia aliud pro alio non solvat, quod ei ex conventione facere non licet. Hoc autem ideo accidit, quia judicio accipiendo et litis contestatione nova contrahitur obligatio judicati, eaque pura et sine exceptione, ut deinceps præstetur id, quod judicio petitur. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Id autem est in hac caussa id quod interest: de quo et obligatio judicati contrahitur sine ulla facultate alterius rei solvendæ. Hanc actionem semel ita quæsitam creditori promissor postea aliud solvendo auferre non potest. *L. ult. D. de pact.*

C A P. IV.

Quid sit id quod interest: Ejus unum genus esse, non plura, ut vulgo erratur: Quæ ex eo incertitudo: Quomodo hæc vitetur pœnæ stipulatione subjecta: Quæ fuerint de eo quod interest dubitationes verum, et Unde earum decisio petenda.

Illud quod interest, quid sit. Explicatur definitio. I. II.
Ejus quod interest unum genus, non plura. Triplex ejus partitio improbata. III.
Item incertitudo duplex, et quæ; et unde nascatur. IV.
Utrique occurritur, adjecta pœnæ stipulatione. V.
Pœnæ stipulatio quomodo sit concipienda, ubi doceatur. VI.
Ea in faciendi obligationibus adjecta, manet tamen actio ad id quod interest; et alterutra licet experiri. VII.
Quo in loco de omni eo quod interest, copiose disserat auctor. VIII.

I. Constituta hac conditione obligationem faciendi, ut nihil hic veniat in obligationem, nisi id quod interest: res hac redit, ut quærendum sit in omnibus, quid sit id quod interest: quod creditor petere, et expectare solum debeat, si debitor velit, et quod promissor possit solvere. Id ita definitur in *L. si commissa*, *D. rem rat. hab.* quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. Quod nobis abest, nempe de nostro, id est quod amisimus, cum prius haberemus. Quod lucrari potuimus, sic accipe, neque lucrati sumus, ut multis exemplis explicatur in *L. ait lex*, 21. in fin. et *LL. duabus seqq. D. ad leg. Aquil.* Adde utriusque partis exempla ex *L. Julianus*, 13. in pr. et §. 1. *L. Titius*, 43. in fin. et *LL. seqq. D. de act. empt. L.* 2. §. *ult. D. de eo quod cert. loc.* Itaque non male Accursius, et qui illum secuti sunt ad *L. unic. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* id quod interest ita definierunt, damnum emergens, et lucrum cessans ex eo, quod factum non est, quod debuit. Certe his verbis eadem illa expresserunt, quæ esse diximus in *L. si commissa*, *D. rem rat. hab.* Sed utrumque cautione indiget; ne quis verba captando utrumque falsum esse cavilletur. Nam proprie id quod interest nostra, non est id quod nobis abest, quatenus abest: non est id quod lucrari potuimus, neque lucrati sumus, quatenus id lucrum ad nos non pervenit. Non est denique id quod interest, damnum, aut lucrum amissum, quatenus in eo ni-

nihil nisi damnum et amissionem spectamus. Quinimo hæc potius sunt contraria. Scimus enim id quod interest nostra, dici id quod nobis utile est: ut cum dicuntur stipulationes inventæ, ut acquirat sibi quisque quod sua interest. *L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri, D. de verb. obl.* Constat hoc dici, ut unusquisque acquirat, quod sibi utile commodumque est. Unde in usu juris veteribus id quod interest cujusque, passim nominatur ejus utilitas. *L.* 2. in pr. et §. *ult. D. de eo quod cert. loc. L. penult. D. si quis caut. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *D. de actio. empt.* Sed definitio sic accipienda est, ut id quod interest, sit id quod habuimus, nunc nobis abest: id quod lucrari potuimus, quo deinde excidimus. Itaque non est id quod nobis abest, quatenus abest; sed quatenus prius habuimus, unde factum sit, ut id amitteremus: non lucrum quatenus id factum non est, sed quatenus facere potuimus, neque fecimus. Hoc autem, habuisse aliquid, et lucrari potuisse, utrumque nobis utile. Ideo id quod nostra interest. Sed dicitur id quod abest, et quod amisimus, quia nunquam prius istius utilitatis petitioni locus est, quam ea utilitas nobis amissa fuerit. Ut dicendum sit hic agi non simpliciter in id quod nobis abest, sed in id ut habeamus, et consequamur id quod nobis abest. Hoc autem habere utile: et id ipsum est, quod ab initio nobis utile esse dicebamus.

II. Sed et hoc ipsum quod dicitur agi in id quod interest, ut sit agi in id quod habere potuimus, et nobis amissum est: non recte dicitur, si quis verba juris cavillari velit. Quod enim semel amissum est, non potest reddi ipsum, sed necesse est pro eo præstari aliud. Quid ergo est? Nempe hoc sentiunt juris auctores æstimari id quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, ut sic præstetur ejus rei æstimatio, seu æstimatio ejus quod interest. Et quidem ita loquitur Alexandri rescriptum in *L. unica, C. ubi conveniat qui cert. loc. dar. promis.* Unde rursum factum est in iis obligationibus, in quibus versatur id quod interest, pro his verbis, id quod interest, nominetur alibi a veteribus pecunia; ut cum dicunt, si quis non facit, quod promisit, pecuniam dari oportere; reum in pecuniam numeratam condemnari. *L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *D. de verb. obl. L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud.* ubi omnes pecuniam dari intelligant id quod interest: idque ita declaratur in *d. L. si quis ab alio*, in pr. sed id quod interest æstimatum, idest ejus æstimationem, quæ fit in pecunia numerata. Qua ratione etiam apud Justinianum id quod interest in faciendi stipulationibus dicitur quantitas stipulationis: ut sit quantitas, quæ continetur hujusmodi stipulationibus ut ante dixi, quantitas quæ in hoc genere in obligationem venit. §. *ult. Inst. de verb. obl.*

III. Et hæc quidem una et certa definitio est ejus, quod interest, si modo hujus unum genus est, non plura. In quo nos vulgares interpretes inpediunt, qui ejus quod interest, tria genera faciunt, singulare, commune, conventum. Singulare vocant, cum quod abest, æstimatur ex effectu privati actoris. Commune, cum æstimatur, quanti res est communiter. Conventum appellant pœnam promissam ejus quod interest nomine. Quæ si genera admittimus, non sane in universum recte definimus id quod interest, id quod abest: quoniam neque ad singulare illud, neque ad pœnam promissam definitio pertinet. Non enim si res pluris a nobis æstimatur quam est re vera, ideo pluris est. *L.* 1. *D. de in lit. jur.* Neque vero amplius nobis in re abesse intelligitur, quam quatenus valet. Pœna vero etiam tunc præstatur, cum nobis nihil abest. *d. L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, *de verb. oblig.* Sed nihil minus verum est, quam hæc duo esse genera ejus quod interest, ut pluribus ostendi in *lib. de eo quod interest*, *C.* 3. Nam si id quod interest æstimandum est, nunquam alia recipitur rei æstimatio, quam ut æstimetur, quanti omnibus valet. Placet denique pretia rerum non ex affectione aut utilitate singulorum, sed communiter fungi. *L. si servum*, *D. ad ad leg. Aquil. L. pretia*, *D. ad leg. Falc.* Pœnam autem promissam non esse id quod interest, ex eo liquet, quod pœna tunc maxime adjici solet, cum nostra pecuniariter nihil interest, aut cum id probari non potest. *d. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *de verb. obl.* Quod si hæc genera removemus, necesse est unum illud manere, quod definivimus, nempe id quod habituri fueramus, et nunc nobis abest, æstimaturque non ex affectione singulorum, sed ex vero, idest quanti res omnibus communiter valet.

IV. Ex hac definitione licet animadvertere, quodnam sit incommodum illud, de quo in hoc genere tam diligenter multis locis præceptum legimus: incommodum, inquam, stipulatorum et creditorum in faciendi obligationibus, si nihil aliud sibi caveant, quam aliquid fieri: cui ideo pœnæ stipulatione subjecta occurrendum esse monent veteres. Id in-

incommodum est incertitudo stipulationis, quæ ex eo quod interest, nascitur, ut est superior definitio ejus quod interest. Hæc incertitudo ex definitione duplex est. Una in quantitate stipulationis: altera in ejus quantitatis probatione. Quod utrumque incommodum breviter et commode notavit Justinianus in §. *ult. Inst. de verb. obl.* de faciendi obligationibus loquens his verbis: *optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod ejus intersit* Quantitas stipulationis ideo hic incerta, quia an aliquid huic debeatur, et quantum, pendet ex eventu incerto. Pendet enim ex eo, si quid nobis abest, et si quid lucrari potuimus, nec lucrati sumus. Hoc autem ab initio incertum, sitne aliquid abfuturum nobis, et quatenus abfuturum. Et vero fieri potest, ut quanvis factum non sit, quod promissum est, tamen nihil eo nomine nobis absit postea; aut si quid, alias plus absit, alias minus. Ita etiam eveniet, ut aut nihil intersit nostra, aut alias intersit pluris, alias minoris, atque hactenus solum ex hoc genere futura sit actio, aut nulla. *L. si quis ab alio*, in pr. *D. de re jud. L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. D. de verb. obl.* In probatione quantitatis incertitudo hæc est, quod etiamsi quid nobis absit revera, quod habere, aut lucrari potuerimus: tamen non prius id consequemur, quam probaverimus hactenus abesse, ut dicimus. Non enim sufficit in judicio aliquid dicere; sed si negetur probari oportet. *L.* 2. *D. de prob.* Ideo agenti ex facienti stipulationibus necesse esse ait Justinianus probare quod ejus interest, ut supra retulimus ex §. *ult. de verb. obl.* Atqui difficilis esse solet hujus rei probatio, unde et probatione deficiente sæpe id quod etiam vere interest, ad exiguam summam deducitur, ut est in *L. ult. D. de præt. stipu.* Neque enim sunt semper nobis parati testes, qui viderint, quid amittere, aut lucrari potuerimus: aut si erunt, non tamen ii erunt, qui possunt ista recte æstimare. Unde ergo hæ incertitudines, atque in his hæc incommoda, quæ jure explicari non possint? Ex facto videlicet, in quo id quod interest positum esse diximus, id quale futurum sit, aut etiam cum inciderit, quodnam sit, nulla juris constitutione definiri potest. Idque est quod indicatur regula juris, Quatenus cujusque intersit, in facto, non jure consistit. *L. quatenus, D. de regul. jur.* Cur consistit in facto? jam dixi, quia consistit in eo, quod amissum sit de eo quod habuimus, aut lucrari potuimus. Quod totum facti est. Cur non consistit in jure? quia dicuntur juris esse, et quod idem est, in jure consistere, quæ certo jure aut constant, aut decidi possunt. Quæ in numero non sunt ea quæ sunt facti. Hoc sic explicatur in *L. mora, D. de usur.*

V. Adversus hæc incommoda (proponuntur enim, non ut in his consistamus, sed ut discamus vitare) hæc veterum cautio est ut quisquis utiliter fieri quid, stipulari aut pacisci vult, subjiciat pœnam, id est certam pecuniæ quantitatem, quam stipuletur, si factum non sit id de quo convenit. *d.* §. *ult. Inst. de verbor. obl.* Rectum, et conveniens rei propositæ consilium: quo scilicet vitantur certo incommoda superiora duo. Nam pœnæ quantitas semper certa est: ut, navem facies: si non feceris, centum dabis. *d.* §. *ult.* Neque hic ulla extrinsecus incertitudo metuenda est ex eo, quod forte dicatur stipulatoris pœnam petentis nihil interesse, aut non tanti, quantum pœna efficit. In pœna enim, inquit Ulpianus, non spectatur, an ejus intersit fieri id, de quo prius comprehensum erat: sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de verb. obl.* Quæ sit quantitas: ut hæc præstetur videlicet, quantacumque promissa est, juxta stipulationem. Quæ sit conditio: ut hac exsistente committatur stipulatio pœnæ, nec quidquam desideretur amplius, sicut accidit in omnibus stipulationibus sub conditione conceptis. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl. L. a Titio*, 108. *D. eod.* Atqui hæc erat conditio stipulationis pœnalis, non si interesset stipulatoris, sed si promissor non fecisset id, de quo cautum est. Sit igitur, hac exsistente, commissa pœna, etiamsi stipulatoris nihil intersit. Ita semper certam pœnæ quantitatem manere necesse est, quæ nulla habita ratione ejus quod interest, tanta præstatur, quanta comprehensa est stipulatione: ac verbis stipulationis semper pœnæ quantitas certa. Ut autem ipsa pœna quantitas certa: ita et certa probatio. Nam simul atque de stipulatione constabit, etiam constabit de pœna, quæ stipulatione continetur.

VI. Hoc consilio posito de pœna subjicienda in faciendi obligationibus, quæri cœpit de pœnæ conceptione: quam scilicet commode pro unoquoque genere factorum, quæ in stipulatum deducta sunt, concipere possimus pœnæ stipulationem, quoniam alias stipulamur, ut quid fiat, alias ne quid fiat. Quibus stipulationibus subjecta pœnæ stipulatio, haud dubie aliam atque aliam conditionem contrariam

riam desiderat. Id autem declaratur in *d. §. ult. Inst. de verb. obl. L. continuus*, 137. *§. pen. D. eod.*

VII. Sed cautio hæc de pœna adjicienda in faciendi obligationibus, consilium est tantum comparatum ad superiores incommoditates vitandas, prout quisque sibi ex usu esse putaverit. Quod non facit, quominus et sine pœna debeatur id quod interest in hoc genere. Ac sæpe non adjicitur pœna, quia non est necesse. Sed et cum adjicitur, nihilominus ex faciendi conventione manet obligatio et actio in id quod interest; ut utra via uti velit stipulator, possit, uti supra ostendimus. Et potest accidere, ut utilius sit petere id quod interest, quam pœnam, quia plus sit in eo quod interest, et possit id non difficile probari ab actore. Quapropter sive pœna hic adjicitur, sive non adjicitur, semper de jure suo quærenti huic quæstioni locus erit, quid sit id quod interest. Ac quid sit, breviter diximus.

VIII. Sed nondum res expedita, ut sciri possit, quid plane sit, et quatenus progrediatur id quod interest. Hæc enim tria quæsita sunt, quas Justinianus dubitationes antiquas de eo quod interest nominat in *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Primum an in eo quod interest, æstimando, etiam lucri non facti ratio habenda sit, ac non tantum damni accepti, ut definitio significat. Alterum, an quodcumque vel damnum erit, vel lucrum non factum, id ita æstimandum sit, ut nihil intersit, sitne circa rem, an extra rem quam præstari oportuit. Tertium, an si id quod nobis abest, longe ejus rei, quæ principaliter in conventionem deducta est, æstimationem superest etiam ultra triplum aut quadruplum, nihilominus id præstandum sit. Et hoc argumentum est *L. unicæ, C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* ut et omnis quæstio de appellatione, definitione, et divisione ejus quod interest. Quod argumentum cum diligenter persecuti simus in *libro, de eo quod interest*, illinc assumi jubebo, quæ ad hunc locum faciant. Eo monitore si quis uti volet, spero, in universa hac quæstione non erraverit, et de ea quod volet, quod quidem ad rem et jus propositum pertineat, facile adhibita mediocri attentione consequetur.

CAP. V.

Quantum in quaque conventione ex ipsa conventione debeatur: Et de pluribus ejusdem pecuniæ tum promissoribus, tum stipulatoribus.

Quantum ex conventione quoque debeatur, quando incidat quæstio. I.

Cum plures eamdem rem vel summam promittunt, singuli partem debent. II.

Nisi tamen duo sint ex jure veteri rei promittendi. Quid novi de horum obligatione Justinianus. III.

Plures ejusdem obligationis fidejussores: mandatores solidum singuli debent, et de eo tenentur, nisi utantur Hadriani beneficio. IV.

Item reus principalis, et illius fidejussor. V.

Sed inter utrumque inducta a Justiniano convenienti prærogativa. VI.

Inter plures ejusdem rei stipulatores, non tamen stipulanti reos obligatio dividitur. VII.

De obligatione dividenda inter plures stipulatoris, aut promissoris heredes quo loco tractaverit auctor. VIII.

I. UT in conventione spectandum est, quid debeatur, ut id præstetur, de quo diximus ita et illud, quantum debeatur. Quæstio supervacua, cum unus est tantum debitor, unus creditor. Nam quod unus solus promittit, uti promissum debet, ita debet solidum; et cum uni tantum promittitur, uti soli promittitur, ita et ei solidum debetur; ut qui hic promissum noverit, idem quantum sit promissum, noverit. Tunc superiori quæstioni locus est, cum duo sunt pluresve ejusdem rei promissores, aut plures ejusdem rei stipulatores: in quibus quæritur, an ex pluribus qui promiserunt, singuli solidum debeant, quantum in conventionem deductum est, an vero partem tantum, et quotam: et viceversa cum pluribus quid promissum est, utrum solidum debeatur singulis, an pars dumtaxat, et quota. Et ut plures ejusdem rei promissores partem tantum debeant divisio obligationis, si qua inter eos recipitur fascit. De qua varie statuitur pro genere promisso-

sorum; atque horum qui eamdem rem promittant, tria genera sunt. Quidam enim sunt principales promissores ejusdem rei: quidam principalis obligationis accessiones: quidam misti, ut unus sit reus principalis, alter fidejussor, aut alterius generis accessio, puta mandator, aut qui eamdem pecuniam constituit.

II. Cum plures eamdem sive summam, sive rem stipulanti principaliter simul promittunt, ut si stipulanti Mævio centum aureos, aut fundum a Primo et Secundo, hi se promittere respondeant: ambos ex sua promissione obligari constat. Quatenus igitur? Placet non in solidum, sed dividi inter eos obligationem, idque pro numero personarum, ut intelligamus partem tantum singulos debere, et partes hic fieri æquas seu viriles. *L. reos*, §. 1. *D. de duob. reis*. Personarum enumeratio id facit, quæ ut dividit personas, ita et summam in commune his attributam. *L. si heredes*, 124. *D. de legat.* 1. *L. cui fundus*, 56. *D. de cond. et demonstr.*

III. Excepti olim duo promittendi rei, quos placebat in solidum singulos obligari *d. L. reos*, in fin. *de duob. rei.* §. *pen. Inst. eod.* et quidem ita, ut nec prohiberetur creditor exigere debitum, a quo vellet. *L. creditor*, *C. eod.* Hodie de divisione obligationis inter istos ita jus est ex constitutione Justiniani, ut nec si sint duo rei promittendi, aliter teneantur, quam pro parte, nisi nominatim convenerit, ut singuli in solidum teneantur. Sed et hac ipsa conventione interposita, cavit Justinianus, ut eadem esset inter istos divisio, si ambo præsentes essent, et ambo solvendo. Tunc autem demum secundum conventionem possent singuli in solidum conveniri, cum aut alter aberit, aut alter solvendo non erit. *Auth. hoc ita, C. de duob. reis.* Sumptum ex *Novell.* 99. *de reis prom.*

IV. Quod si plures sint principalis obligationis accessiones; puta plures fidejussores, plures mandatores, plures pecuniæ constitutæ rei, aut hi misti inter se: in his omnibus si verba sequimur, promissio eorum facit, ut singuli solidum debeant, et in solidum singuli conveniri possint. Solidum enim singuli et separatim promittunt. Et ita quoque jus vetus est, ut teneantur, sed intervenit beneficium epistolæ Divi Hadriani quo placuit, si tempore litis cum uno ex fidejussoribus contestatæ omnes solvendo sint, dividi inter omnes obligationem, non ipso jure, sed per exceptionem. Quod si quis eorum eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerari. §. *si plures*, *Inst. de fid. L. inter*, 26. et seqq. *D. eod.* In hoc jure nihil Justinianus immutavit. Quamobrem et manere intelligendum est.

V. Quod si ex duobus unus erit reus principalis, alter fidejussor, aut alterius generis accessio, hic quoque conventio indicat id agi, ut singuli in solidum teneantur. Atque hoc modo teneri eos placuit sine uno beneficio divisionis. Quod quidem in hac specie induci esset iniquissimum. Nam Fidejussores aperte dari solent, non ut quidquam decedat de principalis rei obligatione, sed ut ei accedat aliquid, et quidem tale, non quo obligatio prior infringatur, sed quo magis confirmetur. *L.* 4. §. *si ex conventione*, *D. de re jud.* fidejussor autem quid aliud quam universam rei obligationem, pro qua spondet in se suscipit? *Inst. de fid.* in pr. *L. quæro*, 54. *D. loc.* Hac obligatione semel suscepta, deinceps onus ejus invito creditore recusare non potest. *L. procurator qui pro evictione*, 67. *D. de proc. L. sicut*, *C. de obl. et act.* Itaque nihil hic Justinianus immutavit.

VI. Illud in hac specie mutavit, quod sequitur. Nam sic de reo et fidejussore ita jus antiquum fuit ante Justinianum, ut cum isti in solidum singuli tenerentur, nec de uno ante alium conveniendo quidquam cautum esset: liceret creditori utrum ex his vellet, eligere, quem prius conveniret, liberum ut ei esset vel prius convenire fidejussorem. *L.* 3. *L. reos*, *C. de fid.* Justinianus hic prærogativam conveniendi induxit, et constituit, ne prius perveniretur ad fidejussorem, quam conventus esset reus principalis, et facultatibus ejus discussis compertum, eum non esse solvendo? Quod si reus principalis absit, voluit, fidejussori convento, et desideranti spatium ad reum evocandum, hoc illi concedi, ea lege, ut nisi intra id tempus reus veniat, aut cum venerit, reperiatur non solvendo, tunc fidejussor in id quod deest ad solutionem, secure conveniatur.

VII. Si plures ejusdem rei stipulatores erunt, nisi sint duo rei stipulanti, etiam in his enumeratio personarum hoc efficit, ut divisa inter eos obligatione singulis pars tantum, et ea virilis debeatur, cujus et solius singulis sit petitio. Quod si duo rei stipulandi erunt, quanvis nominatim non convenerit, ut singulis solidum deberetur, debebitur tamen solidum singulis, et singuli in solidum agent, *d. L. reos*, §. 1. *L.* 2. *D. de duob. reis*, *Inst. eod.* Nihil hic Justinianus immutasse legitur. Proinde et hic jus antiquum erit. Qui sint duo rei tum stipulandi, tum promit-

mittendi, et quod jus in universum de horum obligatione, scripsimus ex professo, idque adhibita quantum licuit methodi luce ad Tit. *C. de duo. reis.* Unde si quid huc amplius facere videbitur, sumere licebit.

VIII. Nihil nunc dico de pluribus heredibus stipulatoris aut promissoris, non quod non inter hos quoque dividatur obligatio, ut divisa minorem efficiat quantitatem illic petitionis, hic præstationis: sed quia hæç questio ad hunc locum non pertinet. Nunc enim agimus de conventione, quærimusque quid ea efficiat in solidi aut partis præstatione. Heredes autem quidquid jure hereditario debent non debent ex conventione, sed ideo, quia hereditas æri alieno eos obstringit, æque obstrictos futuros, etsi defunctus quid debuerit ex quasi contractu, aut ex delicto. Unde et inter eos dividitur obligatio non pro virilibus portionibus, ut solet fieri, cum ex numero personarum obligatio dividitur, sed pro hereditariis. Denique hoc unum est ex oneribus et incommodis hereditariis. Ideo ad suum genus remittendum est. De quo pro loco satis diximus *supra Lib.* 7. *Cap.* 11.

CAP. VI.

De dividuis et individuis tum rebus tum factis, earumque rerum obligationibus utilis et compendiosa nec minus huic loco accommodata tractatio.

Rerum nexus. I.

Stipulationes et obligationes dividuæ, aut individuæ quo alio in loco tractatæ. Opportuna earum compendio hic habita expositio. II.

Tales sunt ex rebus in obligationem deductis. Res hic aliud, ac facta, et sunt corporales, aut incorporales. III.

Corporales divisionem partium omnes recipiunt. Indivisæ partes quæ, et quæ harum utilitas IV.

Incorporales etiam: sed ex his servitutes usufructu excepto individuæ. V.

Individua re, via e. c. promissa singuli promissores solidam debent, et stipulatores singuli solidam recte petunt, eorumque heredes. VI.

Quæstionis hujus explicationem quare in personis heredum auctor effingat. VII.

Si ab uno ex promissoris heredibus solida via petatur, nec præstetur ab omnibus: adversus hunc solidi est condemnatio. Uni ex stipulatoris heredibus petenti condemnatur promissor pro jure agentis dumtaxat. VIII.

Differentiæ ratio. IX.

Facta omnia, quæ in eo sunt ut quid fiat, divisionem non recipiunt. X.

Stipulationes quæ in faciendo consistunt, partim dividuæ, partim individuæ. XI.

Individuæ, si factum præstetur. XII.

Dividuæ si facti æstimatio. XIII.

Facta, quæ in eo sunt, ne quid fiat, etiam genere facti pro parte dividua esse, et pro parte individua: utraque quæ sint, explicatur. XIV.

Stipulatio ne quid fiat, individua, quatenus facti est: dividua, si commissa facti æstimationem petat. De ejus divisione veteres statuere tria. XV.

1. *Si contra factum sit ab uno ex promissoris heredibus stipulationem committi in solidum.* XVI.
2. *Et quidem adversus omnes.* XVII.
3. *Sed ita tamen, ut pro hereditariis portionibus committatur; et quomodo.* XVIII.

Heredes stipulatoris agere posse dumtaxat in id, quod cujusque interest, etiam si fuerit pœna commissa. Hoc quale sit. XIX.

Quatenus heres teneatur qui contra factum dividuum fecit. XX.

Tria stipulationum genera ex conventione divisionem non recipere. XXI.

Ideo et in stipulatione sive hominis in genere; seu Stichi, aut Pamphili promissor, vel ex heredibus unus non partis, sed integri hominis solutione liberatur. XXII.

Itemque in stipulatione sortis, et usurarum, sorte integra non soluta, pœna committitur in solidum adversus heredum singulos. XXIII.

In stipulatione rei natura vel conventione dividuæ ex pluribus promissoribus et stipulatoribus singuli partem dumtaxat aut debent, aut petunt. XXIV.

Pars autem illa virilis. XXV.

Pluribus numero rebus in obligationem deductis, quomodo dividendæ res illæ inter creditores et debitores, an numero; an corpore. XXVI.

I. SEd quidquid hic de divisione stipulationis dicimus, sive ea divisio constituitur inter primos reos plures, de quibus nunc agimus, sive inter unius promissoris, aut stipulatoris plures heredes, de quorum obligatione eo loco diximus, quem modo indicavi; totum ita est, si obligatio, seu res in obligationem deducta divisionem recipiat. Quod si non recipit, natura rei conventione aut numero personarum mutari non potest. Eo fit, ut individua manente stipulatione et a singulis ex debitoribus solidum debeatur, a quibus et peti possit; et singulis ex creditoribus debeatur solidum, quod et singuli recte petant, de quo paulo post. Hinc quæstio hoc loco tractatu necessaria, eademque pariter et ad primos reos plures, et ad plures heredes pertinens.

II. Quæ stipulationes obligationesve dividantur, quæ non dividantur; et quod idem est, quæ stipulationes divisionem, seu partis præstationem recipiant, quæ non recipiant. Locus tractatus in *L.* 2. §. 1. et deinceps usq. ad *L.* 5. *item L.* 5. §. *ult. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *L. in exsecutione*, 85. *D. de verb. obl.* Quibus in locis de hac parte diligenter antea scripsimus in commentariis ad eum titulum: sed sparsim, prout scilicet cujusque loci, ad quem scribebamus, sententia exigere videbatur. Item et fusius, dum id agimus, ut in quæstione difficili et parum ante exposita veras sententias erueremus, erutas idoneis argumentis adversus incurrentes dubitationes confirmaremus. Utraque res me movit, ut vellem quæ sparsim illic a nobis scripta sunt, in unum velut corpus contrahere, ac proponere hoc loco quæ tanquam sub uno aspectu exstaret; simul et disputata plenius, hic quoque quantum res feret, in pauca conferre; ut pariter utroque modo lectoris prudentiæ et memoriæ consulatur.

III. Omnis stipulatio, aliaque obligatio omnis non dividitur, quæ est earum rerum, quæ divisionem non recipiunt. Res ita definita in *d. L. stipulationes non*, 72. *D. de verb. obl.* ut intelligamus dividuitatem, ut ita loquar, aut individuitatem ex rebus in obligationem deductis pendere. Res promissa divisionem non recipit partim natura, partim constitutione ipsa promissionis, totidemque modis accidit, ut non recipiat stipulatio divisionem Res omnes aut sunt res, quæ specialiter ita dicuntur, aut facta. §. *ult. Inst. de verb. obl.* Res hic vocamus in usu juris, quæ dari debent: facta quæcumque præterea debent præstari. Unde eadem sententia stipulationes rerum in dando, factorum in faciendo consistere dicuntur. *L.* 2. in pr. *D. de verb. obl.* Res partim corporales, ut fundus, homo, equus, vestis; partim incorporales, ut hereditas, obligatio, servitutes. *Inst. de reb. corp. et incorp.*

IV. Corporales res recipiunt omnes natura sua divisionem, non tantum inanimatæ; quarum alioqui sine interitu rei nulla in partes discretas divisio est. Itaque etiam Stichus, et quodcumque aliud animal promissum nostris divisionem recipit, ut si Stichus debeatur a pluribus, singuli partem debeant, et partem solvendo liberentur. *L. stipulatus*, 9. §. 1. *D. de sol.* Sed partes hic intelligere debemus non divisas corporibus, sed indivisas: quales sunt partes plurium dominorum in re communi, quæ obtinentur re integra manente pro indiviso. *L.* 5. *D. de stip. ser. L. pro regione, D. de acq. rer. dom.* Ubi sunt igitur hæ partes indivisæ, si quis quærat? nusquam sunt, non cernuntur, non tanguntur. Intellectu tantum concipiuntur, et hoc intellectu juris constant, non corporum divisione, *d. L.* 5. *D. de stip. serv. L. Mævius*, 66. §. *duorum*, *D. de leg.* 3. Rursum si quis quærat, quæ sit utilitas earum partium, quæ nusquam sunt (quod omnino necesse est quæri, nisi velimus hic jus verbis constitui, non rebus, contra *L.* 2. fin. *C. com. de leg.*) intelligendum est etiam has partes suos effectus et certos habere natura rerum ita ferente, quorum etiam obtinendorum caussa jus eas partes induxit. Utilitas cernitur in commodis et fructibus rei communis. Hæc vero pro iis partibus indivisis, quas fingimus, recte et corporibus inter quosvis dividi possunt. Ipse vero per se partes indivisæ sunt: emolumento divisæ: quia dum emolumentum propter partem divisim percipitur, ipsa quodammodo pars in emolumento percipi videtur.

V. Ex rebus incorporalibus prope omnes exceptis servitutibus, dividuæ sunt. Sunt enim positæ in perceptione eorum emolumentorum, quæ dividi possunt; a quibus quoque ut partes indivisæ, quas modo diximus, æstimantur. Hereditas dividitur in partes hereditarias. *L. non possumus*, *D. si pars her. pet.* Obligatio et petitio cujusque rei dividuæ et ipsa dividua est. Unde dicimus ea quæ sunt in no-

nominibus defuncti, idest actiones et persecutiones hereditarias dividi inter heredes pro portionibus hereditariis. *L. ea quæ*, *C. fam. erc.* Quod ad servitutes attinet, ususfructus dividi potest, utpote consistens in commodis fruendi, quæ percepta dividi possunt. *L.* 1. §. *si ususfructus*, *D. ad leg. Falc. L.* 5. *D. de usufr.* cæteræ servitutes sunt individuæ. *d. L.* 1. §. *si ususfructus*, *ad leg. Falc.* ut ex servitutibus personarum, usus. *L. usus*, *D. de usu et hab.* ex servitutibus prædiorum omnes, idest et urbanorum et rusticorum prædiorum. De his enim sentit Ulpianus in *L. stipulationes non dividuntur*, 72. *de verb. obl.* cum ait divisionem non recipere stipulationes viæ, itineris actus, aquæductus cæterarumque servitutum. Cæteras servitutes intelligens, servitutes prædiorum, quæ per excellentiam nominis sæpe in usu juris absolute ita nominantur, distinguunturque ab usufructu et reliquis servitutibus personarum; ut in §. *ult. Inst. de usu et hab. L.* 4. *D. de servit.* alioqui falsa sit sententia superior de servitutibus omnibus etiam personarum, cum constet usumfructum dividi posse. Cur ergo servitutes omnes cæteræ individuæ potius, quam ususfructus? quia et usus et servitutes omnes prædiorum consistunt in usu rei solo, et tractatione: ad fructuum autem et emolumenti alicujus perceptionem extra necessitatem utendi non perveniunt. Hic autem usus indivisus est. Ita res redit ad hanc summam, ut ex omnibus rebus tam corporalibus et incorporalibus solæ sint individuæ servitutes, earumque obligatione et actiones; et hæ omnes, excepto usufructu.

VI. Hoc intellecto, de stipulationibus dandi, quibus superiores res dari debent, ita jus esse dicimus, ut quæ dividuarum rerum sunt, eæ recipiant partis præstationem. *L.* 2. §. 1. *D. de verb. obl.* Quæ individuarum, eæ natura rerum ita cogente non recipiant. *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *de verb. obl.* Id vero eam vim habet, quam initio dixi, ut re individua, puta via, promissa, tum et ex pluribus promissoribus singuli solidam servitutem debeant, a quibus et solida peti possit: et ex pluribus viæ stipulatoribus singulis solida debeatur, quam et solidam recte petant. Quod et in pluribus heredibus tum promissoris, tum stipulatoris servatur. *R. viæ, D. de servit. L. heredes*, 25. §. *an ea*, et §. *contra*, *D. fam. erc. L.* 2. §. 1. et §. *ex his*, *D. de verb. obl.*

VII. Sed ne verbosa fiat disputatio (quod cavendum esse bene monemur in §. 1. *Inst. quod cum eo.*) de uno genere harum personarum loquamur, idem et de altero intellecturi. Et quoniam totius hujus quæstionis explicatio a veteribus collata est fere ubique ad personas heredum, inter quas maxime obligatio hereditaria ex lege duodecim tabularum dividi solet jure, idem et nos hic sequamur, quando illorum scriptis ad hæc et alia explicanda utimur: sed hac lege, ut quod hic in persona heredum dixerimus, existimemur præcipue de eo quod propositum est, id est divisione obligationis inter plures ejusdem rei tum promissores tum stipulatores dixisse.

VIII. Redeo igitur ad stipulationem viæ, quam individuam esse diximus. Quid ergo fiet, cum ab uno ex heredibus promissoris via petetur? nam is unus servitutem prædio communi imponere non potest. *L.* 2. *D. servit. L. fundus*, *D. de servit. rust. præd. L. si quis duas*, §. 1. *D. com. præd.* Impetrabit is, cum quo agitur, spatium a judice, intra quod agat cum coheredibus, ut excitati servitutem communiter imponant, quod facere possunt. *L. fideicommissa*, 11. §. *pen. D. de leg.* 3. Quod si intra id tempus non facient, qui conveniri cœperat de servitute, ut tenebatur in solidum, ita damnabitur in solidam servitutis æstimationem: sic tamen, ut quod solidum præstiterit, repetat judicio familiæ erciscundæ a coheredibus, quorum culpa acciderit, ut servitus non præstaretur. *d. L.* 2. §. *ex his*, *D. de verb. obl. d. L. heredes*, §. *contra*, *D. fam. erc.* Quid e converso, si unus ex pluribus heredibus stipulatoris viam petat, et ei non præstetur servitus, cæteris paratis rem admittere? nam nec unus ex dominis servitutem prædio communi acquirere potest, non magis quam imponere. *d. L. si quis duas*, §. 1. *com præd.* Damnabitur et hic promissor in servitutis æstimationem; sed non ut supra in solidum, verum pro parte tantum agentis hereditaria, ut scilicet veniat in æstimationem solum, quod ejus interest. *d. L. heredes*, §. *an ea*, in fin. *D. fam. erc. L.* 4. §. *si fundus*, *D. servit. vind.* Sed hic subsistitur. Cur enim adversus unum ex heredibus promissoris in solidæ servitutis petitione etiam solidi condemnatio est: uni autem ex heredibus stipulatoris, etsi similiter solidam viam petit, non similiter solidæ servitutis fit condemnatio: præsertim cum sententia debeat esse consentanea petitioni? *L. ult. C. de fid. lib.*

IX. Varietas hæc nascitur ex jure petitoris. Sciendum est enim metiri nos omnem actionem ex jure ejus qui agit, non ejus qui cum

cum agitur. *L.* 1. §. 1. *D. si pars. her. pet.* ut si actori solida viæ æstimatio debetur; in hanc condemnari debeat is cum quo agitur, etiamsi non sit solus debitor, sed unus ex pluribus: sin actori debetur pars tantum, non longius debeat reus condemnari, etiam si solus sit debitor, et is qui solidum debeat. Jam vero in omni petitione servitutis, etsi ipsa servitus individua res est, tamen non longius progreditur jus actoris, quam quatenus ejus interest: ac quatenus non interest, nulla est servitus. *L. quoties*, 1. *D. de servit.* Hinc illa varietas superior. Inde enim fit, ut si stipulator agat, tametsi agat cum uno ex heredibus promissoris, tamen ut solidam viam petit, ita et solidam ejus æstimationem consequi debeat: quia cum sit solus, in solidum quoque ejus interest servitutem consequi. Sin agit unus ex heredibus stipulatoris, contraria de caussa evenit, ut quanvis cum promissore ipso agat, qui solus obligatus fuit; tamen si promissor ei in æstimationem condemnandus est, non nisi pro parte hereditaria condemnationem fieri oporteat: quia scilicet non latius ejus interest, quam pro parte, quam singuli heredes habent in fundo communi, ad quem servitus acquiritur. Id enim in eo quod interest, numeratur, quod singulis de fundo communi abest propterea, quod via uti non licuit. Eaque ratio est, quam in hac parte redditam legimus in *d. L.* 4. §. *si fundus, D. si ser. vind.* Nec offendemur eo, quod dicitur sententiam judicis congruere debere petitioni *d. L. ult. C. de fid. lib.* Id enim tunc locum habet, cum res petita præstari potest, non cum hac non præstita necesse est rerum condemnari in æstimationem. Ad quam cum venietur, ratio juris facit, ut non in majorem quantitatem reus condemnandus sit, quam actori ex ea æstimatione debetur. Accedit ad hæc etiam necessitas hujus condemnationis. Nam si uni ex heredibus stipulatoris viæ solida æstimatio præstanda est, eveniet, ut alii coheredes, quibus adhuc solutum non est, adhuc ex sua persona servitutem possint petere, atque his petentibus æque solida servitutis æstimatio præstanda sit. Neque enim his nocere potest, quod prius uni solida servitutis æstimatio sit soluta: quoniam invitis aliis coheredibus iisdemque creditoribus alii solvi non potest, ut liberatio ab omnibus contingat. *L. invito, C. de sol.* Ita etiam plures æstimationes servitutis præstabuntur: quæ tamen non est nisi una, eoque nec æstimationem nisi unam habere potest. Contra vero si unus ex heredibus promissoris condemnetur in solidam æstimationem servitutis non est metuendum, ne eadem æstimatio exigatur a cæteris coheredibus. Nam cum unus ex pluribus solidam æstimationem servitutis solvit, eo facto et se, et cæteros coheredes etiam invitos liberat. Solvit enim quod debebatur. Solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio, non tantum volente, sed et ignorante atque adeo invito debitore. *L. solvendo*, 39. *D. de neg. gest. L. solutione*, 23. *L. solvere*, 53. *D. de sol.*

X. Hæc de rebus individuis, earumque obligatione. Facta utrum dividua sint, an individua, ex genere facti æstimatur. Factorum quædam in eo sunt, ut quid fiat, quædam in eo, ne quid fiat. Ut quid fiat; veluti rem tradi, fossam fodi, insulam ædificari, quæ proponuntur in *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *de verb. obl.* Ne quid fiat; veluti, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, amplius non agi: cujus generis facta sunt, de quibus agitur in *L.* 2. §. pen. usque ad *L.* 5. *eod.* Quæ facta in eo sunt, ut quid fiat, omnia sunt hujusmodi, ut divisionem non recipiant, etiamsi in his alicujus rei corporalis præstatio aut effectio contineatur. Qualia sunt illa superiora, rem tradi, fossam fodi, insulam ædificari, de quibus diserte scribit Ulpianus in *d. L. stipulationes non dividuntur.* ea divisionem non recipere. Ne quis hic moveatur exemplo stipulationum dandi, quæ cum partis præstationem recipiant, *L.* 2. §. 1. *de verb. obl.* sunt tamen et ipsæ in faciendo. Quoniam etiam dare, facere est. *L. verbum facere, D. de verb. signifi.* Generaliter enim hoc vere dicitur. Sed nunc factum a dando distinguimus. Unde illa genera stipulationum distincta, ut quædam sint in dando, quædam in faciendo. *L.* 2. in pr. *de verb. obl.* Quæ, ut dixi, ita distinguuntur, ut intelligantur in dando esse, in quibus res versantur ad dandum; in faciendo autem eæ, in quibus versantur reliqua omnia ad præstationem comparata, quæ nunc specialiter vocamus facta. Idque ita explicatur in *d.* §. *ult. Inst. de verb. obl.* Hæc, inquam, omnia sunt individua. Nam si de superioribus illis tribus recte id dicitur, in quibus corporalis rei traditio, aut operis et corporis alicujus effectio versatur: multo magis in operis, et iis factis, quæ post se nihil relinquunt, idem probandum est. Scio multa occurrere, cur in illis saltem tribus prioribus secus dici debuisse videatur, cum et res corporalis tradenda divisionem recipiat, et videatur aliquid

quid ædificari, aut fodi posse pro parte. Sed nihil verius, quam facta hujusmodi omnia divisionem non recipere. Quæ ex adverso dubitationem faciunt, expedivisse mihi videor ad *d. L. stipulationes non dividuntur*. Inde sumi potest. Nunc sufficiet intelligi id ita de hoc genere toto definitum esse in *d. L. stipulationes*.

XI. Id etsi de his factis ita dicitur, ut de rebus individuis ante diximus, et verum est: non continuo tamen stipulationes et obligationes hujus generis cum prioribus illis, quæ sunt de rebus individuis, eodem jure habentur, cum de divisione earum quæritur. Illæ de rebus individuis stipulationes divisionem per omnia non recipiunt in debitore, ejusve heredibus singulis, sive res ipsa promissa præstanda est, sive re non præstita ventum est ad æstimationem, quam ab uno ex heredibus præstari oporteat. Hæ de factis superioribus, non item per omnia excludunt divisionem. Ex parte individuæ sunt; ex parte dividuæ: neque eo minus verum est facta omnia hujus generis esse individua. Proinde quale id sit, non immerito separatim cognoscendum est. Nascitur autem hæc distinctio ex obligationum faciendi natura.

XII. Meminisse debemus, quod supra pluribus suo loco docuimus, in hoc genere stipulationum successive duas res ad præstationem versari, factum promissum, et pecuniam seu æstimationem ejus quod stipulatoris interest. Factum ab initio in obligationem venit, idque est primum quod ut debetur, exspectaturque a stipulatore, ita et a promissore jure præstatur ad liberationem. Sed si factum non sit, quod fieri debuit, simulatque transit faciendi tempus, succedit in obligationem hujus generis id quod stipulatoris interest, id est pecunia, qua æstimatur, quod ejus interest, in quam et reus condemnetur. Idque observatur in omnibus faciendi obligationibus, *d. L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *de verb. obl. L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud.* De quo satis dictum est suo loco. Hinc de divisione hujus generis obligationum hæc juris et veterum constitutio est. Si de pluribus heredibus promissoris agitur, et velit unus faciendo liberari, nunquam quisquam eorum liberari potest, nisi in solidum faciat, quod promissum est, aut det operam ut simul faciant omnes, non alia de caussa, quam quod non possint facere pro parte, ut totum non impleant. *L. fideicommissa*, 11. §. *pen. D. de leg.* 3. Usque adeo, ut si nihil aliud spectet unus, quam ut fiat opus, de quo faciendo cautum est, nihil agat, si creditori pecuniam offerat, ut ipse faciat, *d. L. fideicommissa*, §. *ult.*

XIII. At si ita sunt constituti promissoris heredes, ut nolint, aut non possint sive singuli, sive omnes totum facere; hic quia res redit ad obligationem et petitionem ejus quod interest, non jam singuli heredes tenentur in solidum in id, quod stipulatoris interest; sed singuli pro parte. Ut, si proponas interesse stipulatoris ad centum aureos factum id esse, de quo cautum est, et duo sint promissoris heredes, singuli in petitione et condemnatione ejus quod interest, tenebuntur solum in quinquaginta, divisa ipso jure inter eos obligatione. Scilicet quia hic in obligationem venit pecunia: hæc autem ut natura dividi potest, ita partis præstationem recipit. *L.* 2. §. 1. *D. de verb. obl.* Et hoc est, quod dicitur in *d. L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*. Ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem. Proinde dici posse juxta æstimationem facti (sic enim legendum est) dandam esse petitionem. Æstimatio facti est pecunia illa, quæ prius commemorata est, qua æstimatur factum, seu id quod stipulatoris propter factum interest. Juxta hanc æstimationem petitio datur, cum ut pecunia per se dividua est, sic pecuniæ petitio inter heredes promissoris dividitur, similiter ut obligationem in hoc genere dividi prius Ulpianus dixerat. Quod autem ad heredes horum factorum stipulatoris attinet, constitutio juris superior facit, ut nunquam nisi pro portione sua singuli agere possint ex hoc genere stipulationum. Nam si fit, quod promissum est, actionem non habent. Est enim illis satisfactum. Si factum non fuerit jam dixi in obligationem venire id quod eorum interest. Interest autem singulorum pro parte. Quare et hoc solum in condemnationem venit, quod cujusque agentis pro parte interest. Usque adeo ut nec si de re individua ageretur, puta via, aliter quam pro parte agentis condemnationem fieri oporteret. *L.* 4. §. *si fundus*, *D. si ser. vind.* Denique id quod interest, pecunia est, quæ hoc nomine præstatur. Hæc, ut dixi, divisionem recipit.

XIV. Quæ facta in eo sunt, ne quid fiat, ea non tantum pro ratione ejus quod interest, quod et in hoc genere præstandum est: sed etiam genere ipso facti partim individua sunt, partim dividua, ut indicatur in *L.* 4. §. *Cato*, *D. de verb. obl.* ubi et hæc ipsa genera ita describi videntur, ut in-

di-

dividua hujus generis facta sint, cum adversus id de quo cautum est, ne fieret, pro parte peccari non potest, ne ab uno quidem ex promissoris heredibus. Dividua autem, cum adversus id de quo cautum est, ne fieret, non potest peccari ab uno ex heredibus promissoris nisi pro parte. Adduntur exempla, ut prioris generis exemplum sit illud, per te non fieri quominus mihi ire agere liceat: posterioris hoc, amplius non agi. si quis roget, quando adversus id, de quo cautum est, ne fieret, non possit peccari pro parte ab uno ex heredibus, quando possit (est enim id etiam nunc paulo obscurius) in eo hæc nobis erit regula et notio, quæ et ibidem significari videtur: ut tunc adversus id intelligatur non posse peccari pro parte ne ab uno quidem ex heredibus, quoties uno ex heredibus promissoris contra faciente, id factum tam nocet stipulatori, quam si factum esset ab omnibus. Contra tunc peccari intelligatur pro parte, cum factum unius non potest nocere stipulatori nisi pro parte ejus, quia contra fecit. Sit ergo exempli gratia, prioris generis hæc stipulatio, Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, qua uti solemus in constitutione servitutum ob eam caussam, quæ traditur in *L. quoties*, 1. *D. de servit.* Hoc factum Cato individuum esse scripsit hac ratione, quæ pro definitione sit, quia adversus id, quod ita cautum est, non potest peccari ab uno ex heredibus promissoris pro parte. Qui hoc intelligemus? Adhibita nimirum superiore notione, quam dixi; quia uno ex heredibus promissoris stipulatorem ire agere prohibente, hoc factum tam illi nocet, quam si prohibitus esset ab omnibus heredibus. Nam omnium heredum prohibitio nihil aliud efficere, nisi ut stipulator ire agere non posset. Nunc autem ab uno solo prohibitus idem patitur. Sit contra posterioris generis stipulatio hæc, amplius non agi; qua utimur in transactionibus, dum actor qui transigit, paciscitur, se nihil amplius petiturum. *L. si de certa*, *C. de trans.* aut adversus procuratorem alieno nomine agentem, qui promittit dominum rem ratam habiturum, idest non amplius de eadem re acturum, *L. amplius*, *D. rem rat. hab.* Divisionem hoc facto recipit, ait Cato: inuitque ideo fieri, quia heredes singuli si quid contra faciant, peccent non in solidum, sed pro parte. Unde hoc intelligimus? Ex eo quod quisquis aget contra, non potest nocere stipulatori nisi pro parte. Nam cum ea quæ sunt in nominibus defuncti, idest in actionibus et persecutionibus hereditariis, dividantur ipso jure inter heredes, *L. ea quæ*, *C. fam. ercis.* non potest, ne si velit quidem, unusquisque heredum ultra agere jure suo, quam pro parte, ut appareat, si ita agat, factum id non ultra stipulatori nocere posse, quam pro parte.

XV. Nunc de jure obligationum hujus generis cognoscamus. Et si de individuis factis hujus generis agitur, quale est illud, Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat: hic idem præcipiendum est, quod in superiore genere factorum, tametsi factum individuum hic versetur, non tamen continuo hujus generis stipulationem et obligationem per omnia divisionem non recipere. Ab initio quidem stipulatio in eo est, ne quid fiat: quod sane divisionem non recipi. Sed si contra factum erit, committitur stipulatio in id quod interest stipulantis, idest in pecuniam numeratam, qua factum æstimetur, quatenus stipulantis interest, ut accidit in omnibus faciendi obligationibus. *d. L. si quis ab alio*, in fin. *D. de re jud.* Quod tum fit multo magis, cum si quid aliter factum sit pœna certæ pecuniæ promissa est. De qua specie agitur apud Catonem *d.* §. *Cato.* Secundum hæc de divisione hujus obligationis tria hæc Catoni et veteribus placuerunt.

XVI. Primum si unus ex heredibus promissoris, qui superius illud promisit. Per te non fieri, contra faciat, quam cautum est, idest ne stipulatorem impediat, ne eat agat, convenit inter omnes, stipulationem committi in solidum. Idque natura rei ostendit, quia quisquis impedit, in solidum adversus stipulatorem peccatum est *d.* §. *Cato.* Non hic consistunt veteres. Poterat enim hoc sic accipi, quasi committeretur stipulatio in solidum, quidem, attamen adversus eum solum, qui contra fecit: non etiam adversus alios coheredes.

XVII. Additur igitur secundum, si quid ab uno contra factum sit, stipulationem committi ab omnibus, ut loquitur Cato, idest ab uno committi in solidum adversus omnes, seu ita committi, ut et reliqui propter factum unius incipiant teneri. *L. inter*, 44. §. *quod ex facto*, *D. fam. erc.* Et recte: non quod unius heredis facto alios placeat obligari, qui nihil fecerunt, quod esset iniquissimum, neque vero id jus patitur: *L. de pupillo*, 5. §. *si plurium res*, *D. de op. no. nun.* sed quod stipulatio hereditaria hæc fuerit, cujus conditione exsistente etiam cæteros teneri necesse est. Quæ ratio indicatur in *d. L. inter*, §. *quod ex facto*, *fam. erc.*

Nam

Nam promissor superiore stipulatione obligat se et omnes heredes suos sub conditione, si per ipsos stipulatori ire agere non licebit. Jam uno ex heredibus ejus prohibente exsistit hæc conditio. Commissa igitur stipulatio hereditaria in totum, ex conditione obligat etiam cæteros qui nihil commiserunt. Qua in re obligantur cæteri ex facto et conventione defuncti, a quo et obligari ita potuerunt, ut etiam adversus eos actio inciperet. *C. ut act. ab her. et contr. her inc.* Ne tamen unius improbi, aut parum considerati heredis factum cæteris nihil committentibus noceat, placet cæteros coheredes, quod propter unius factum præstiterunt, id ab eo repetere posse judicio familiæ erciscundæ. *d. L. 2. §. pen. D. de verb. obl. d. L. inter, §. quod ex facto, fam. erc.*

XVIII. Quid ergo, cum committetur hic stipulatio in solidum adversus omnes, etiamne committetur adversus singulos in solidum? Et placuit, quod tertium posuimus, hic sic committi stipulationem adversus omnes, ut tamen committatur pro portione hereditaria. *d. L. 4. §. Cato, de verb. obl.* Inter quæ optime convenit. Nam quod stipulatio uno ex heredibus contra faciente, in solidum committitur, ex eo est, quod hic de facto agitur, atque id divisionem non recipit. Quod autem singuli conveniuntur pro parte solum, ex eo est; quod conveniuntur in id quod interest stipulatoris, idest in pecuniam numeratam. Hanc autem constat divisionem recipere natura.

XIX. De heredibus stipulatoris in illa stipulatione per te non fieri, idem probandum est, quod in superiore genere factorum diximus, nunquam hos scilicet ex hoc genere actionem habere nisi pro parte; quatenus nimirum singulorum interest, cum in id solum quod interest, stipulatio committatur. Sane si pœna promissa erit, si quid contra quam cautum est, factum fuerit: uno ex heredibus stipulatoris prohibito committitur pœna summo jure in solidum. Nam secundum verba verum est uno prohibito, contra factum esse, quam cautum erat. Sed placet effectu ne hic quidem pœnam exigi posse, nisi pro parte ab eo, qui sit prohibitus. Nam cæteros si petant, exceptione doli removeri posse: quasi tacite id actum sit, ne pœna committeretur, nisi iis quibus jure ire agere non liceret. Hæc in *L. 2. §. ult. D. de verb. obl.*

XX. Quod si dividuum factum id erit, quale esse diximus amplius non agi, sic jus est ejus obligationis, ut heres qui adversus stipulationem fecerit, pro portione sua teneatur solus in id quod stipulatoris ob id factum interest; et si pœna eo nomine promissa sit, solus pro portione sua committat pœnæ stipulationem. *d. L. 4. §. Cato, de verb. obl.*

XXI. Sint ergo dicta hæc de iis stipulationibus; quæ natura rei promissæ divisionem non recipiant. Est, ut proposui, cum quod dari promissum est, natura sua dividi possit: constitutione tamen conventionis ut res promissa, ita stipulatio non recipiat divisionem. Quod fit cum ita res promissa est, ut appareat ex conventione non aliter satisfieri promissioni, quam si res tota soluta sit. Id accidit in tribus his generibus stipulationum: in stipulatione generis, ut cum hominem generaliter stipulor: in alternativa, ut cum stipulor Stichum aut Pamphilum: in stipulatione sortis et usurarum, cum ita stipulor, sortem mihi dari certa die, et si soluta non sit, pœnæ nomine certam summam. De duobus prioribus generibus agitur in *L. 2. §. 1. D. de verb. obl.* de tertio, *in L. 5. §. ult. D. eod.*

XXII. Priora genera duo ideo non recipiunt divisionem, ut quidem parte soluta vel promissor, vel unus ex heredibus liberetur, quia in his apparet id actum esse, ut quisquis homo detur ex universo hominum genere, quisquis idem detur ex duobus illis Sticho aut Pamphilo: semper saltem unus integer detur, non duorum aut plurium hominum partes: quoniam duorum partes non efficiunt unum hominem, id quod promissum est. At si parte ab uno ex duobus heredibus soluta is liberatur pro ea parte, qui solvit; eveniet ut possint solvi duorum hominum partes. Licet enim alteri coheredi homine generaliter promisso alterius hominis partem solvere, quam ejus, cujus pars a priore soluta est. Debuit enim his coheres partem hominis non hujus aut illius, sed hominis in genere, quem ipse ad dandum elegerit: quoniam in hac specie quid det debitor, ipsius electio est. §. *præterea, si quis, Instit. de action.* Idemque eveniet, si ex hac stipulatione Stichum aut Pamphilum dabis; si unus ex heredibus promissoris parte Stichi forte soluta liberetur. Nam et cum in hac specie electio sit debitoris, utrum solvat. §. *huic autem, Instit. de act.* relinquitur hæc electio alteri coheredi, ut partem quæ reliqua est, in alterutro velit, eligat; proinde et Pamphili partem recte solvat. In quibus partes duorum hominum solvi appareret, id est alium quam promissum est, tantum ideo, quod parte rei promissæ soluta, libe-

liberationem pro ea parte admittimus. Repugnat igitur conditio rei promissæ et conventionis, quominus unus ex duobus heredibus prius liberetur, quam totus homo promissus solutus fuerit, postquam aliter stipulationi satisfieri non potest. Idemque multo magis admittendum est in ipso promissore, si ex aliqua istarum stipulatione hominis unius partem solverit. Hæc ad istam sententiam in *d. L.* 2. §. 1. *D. de verb. obl, L. stipulatus*, 9. § 1. *D. de sol.*

XXIII. Tertium autem illud genus stipulationis, cum stipulor sortem certa die, et si sors soluta non esset, pœnam: genere ipso conditionis non obscure hoc efficit, ut nullus heredum promissoris evitet pœnam, nisi sors tota soluta fuerit. Finge unum heredem solvisse partem hereditariam sortis, alterum non solvisse. Committetur pœna in solidum adversus utrumque, non solum eum, qui non solvit, de quo nemo dubitat; sed etiam eum, qui solvit, *d. L.* 5. §. *ult. de verb. obl.* sc. quia parte tantum soluta, exstitit in totum conditio pœnalis stipulationis etiam adversus eum, qui solvit. Conditio enim hæc fuit, si sors soluta non esset, pœnæ nomine tantum dari. Verum est autem ne ab eo quidem qui partem tantum solvit, sortem solutam esse; quoniam pars sortis sors non est. Ita cum ne iste quidem fecerit, quominus exsisteret conditio pœnalis stipulationis: non mirum, si conditione exsistente stipulatio committatur: cum in omnibus stipulationibus id efficiat vis et natura conditionis. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl. L. a Titio*, *D. de verb. obl.* Neque hic res versatur tantum in subtilitate verborum, tanquam nulla æquitatis ratione totius pœnæ petitionem defendente, ubi pars sortis soluta proponatur. Non enim parum interest stipulatoris totam sortem sua die ei solvi potius, quam particulatim diversis temporibus. Ideo recte adjectum est in *d. L.* 5. in fin. *de verb. obl.* aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui non posse, dum hoc agitur, ut superior sententia a verborum subtilitate ad æquitatem revocetur. Cætera si quæ sunt in his generibus ut et in superioribus non satis expedita, eorum explicatio ex commentariis ad *Tit. de verb. oblig.* peti potest.

XXIV. Ex his intellectum est, maxime quidem quæ stipulationes atque obligationes divisionem non recipiant: sed tamen ita, ut his cognitis etiam quæ recipiant sua sponte intelligantur. Superioribus enim remotis, necesse est reliquos omnes, quæ non sint in hoc numero, in contraria caussa haberi. Quanquam et in singulis generibus rerum, necesse habuimus etiam quæ divisionem reciperent, nominatim ostendere. Quibus inventis, redeo ad definitionem, quam initio posuimus, si qua stipulatio obligatiove natura rei promissæ, et conventionis lege divisionem recipiat, in ea hanc esse conditionem obligationis inter plures ejus obligationis debitores, creditoresve; qui quando contingerent, diximus, ut ex pluribus debitoribus non singuli solidum debeant, sed tantum partem ejus, quod in obligationem deductum est: et ex pluribus creditoribus non solidum debeatur singulis, sed pars dumtaxat.

XXV. Hic partis nomine injecto, statim inducitur sequens quæstio, quotam partem hic accipere debeamus, vel quam singuli debeant, vel quæ singulis debeatur. De quo jam dixisse satis videmur. Summa hæc est, ut in pluribus debitoribus, si plures ab initio idem promittunt; ut sunt personæ, quibus imponitur obligatio, ita ea in singulas personas divisa intelligatur, ut efficiantur inter eos partes viriles, id est æquales. *L. reos*, §. 1. *D. de duob. reis. L. cui fundus*, 56. *D. de cond. et dem. L. si heredes*, 124. *D. de leg.* 3.

XXVI. Constituta parte obligationis, et ea certa, ut scilicet intelligatur, quota sit et quanta inter plures debitores et creditores ejusdem rei: superest etiam in hac divisione illa quæstio, si quando plures res numero in obligationem deductæ, erunt, qualem istam partem in his rebus esse velimus, eamne, qua dividantur res inter creditores et debitores numero, an qua dividantur corpore. In quo hæc distinctio recepta est, ut si res debentur, quæ pondere, numero, mensurave constant, et in universum genera, numero fiat divisio. Sin species, hic singulorum corporum partes fiant inter eos, ad quos ea obligatio pertinet. Sint exempli gratia, promissa centum: duo rei stipulandi, aut duo heredes stipulatoris. Non singulis centum aureorum singulorum pars debebitur pro indiviso: sed singulis quinquaginta, et ita petitionem instituere debebunt. Idem est et si decem homines promissi sint, ut singulis his tum stipulatoribus, tum heredibus quinque debeantur. Promissi sint contra Stichus et Pamphilus species certæ. Si proponas duos reos stipulandi, aut duos heredes ex æquis partibus stipulatori relictos: non uni Stichus debebitur, et alteri Pamphilus, ut numero fiat hic quoque divisio: sed utrique pars dimidia Stichi et Pamphili, quam et ipsam in singulis ita petere debebunt Idem valet vice

ver-

versa in duobus ejusdem Stichi promissoribus, et duobus heredibus promissoris, ut centum promissis singulis quinquaginta debeant. Si promissi sint Stichus et Pamphilus, non unus ex promissoribus, aut unus ex promissoris heredibus debeat Stichum et alter Pamphilum: sed singuli debeant utriusque et Stichi et Pamphili partem. Itaque ab his petendum est. Hæc sententia est *L. in stipulationibus*, 54. *D. de verb. obl. L. cum Stichus*, 29. *D. de sol.*

C A P. VII.

Pura conventione promissum præsenti die deberi, & peti posse: Hoc quid sit: Quam verum & perpetuum.

Tempus et locus etiam ad præstationes conventionum pertinent. I.
Omnis stipulatio, seu dandi faciendive conventio aut pura est, aut in diem, aut sub conditione de harum auctor breviter, et quare. II.
Si pura sit: quod in illa est, præsenti die debetur, et peti potest; et quæ talis. III.
Contrariis occuritur. IV.

I. PRæter rem quæ in conventionem dandi faciendive deducitur, de quo diximus, ostendimusque quid quantumque de ea re ex conventione deberetur, habet et conventio hujusmodi omnis circumstantias quasdam præstationis. Circumstantiæ hæ positæ in personis contrahentium, et rebus quibusdam extra personas positis. De personis contrahentium satis supra diximus in singulis contractibus. Nam cum res non contrahatur, nisi inter duos certos, quorum unus debeat, et alteri debeatur, necessario faciendum fuit in singulis, ut quænam hæ personæ essent, explicaretur. Circumstantiæ extra personas positæ duæ: Tempus præstandi, et præstandi locus, ut hoc quæratur, quod promissum est, quando debeatur et peti possit: tum quo loco sit præstandum.

II. Tempus præstandi conceptio conventionis hoc modo indicat. Omnis non stipulatio solum, sed conventio aut pura est, aut dilatione temperata. Pura est, quæ nullam dilationem insertam habet, id est nec diem solutioni dictum, nec conditionem. Sic dicta, quia pura est et mera obligatio, quippe nihil habens eorum, quæ efficacitatem obligationis in præstando si tam morentur: cujusmodi sunt superiora duo, ut postea ordine dicetur. Temperatur conventio dilatione, quæ præstationem in tempus differt. Dilatio hæc duplex; Dies adjectus solutioni, et Conditio. Quæ istum diem habent conventiones, dicuntur in diem; quæ conditionem, dicuntur fieri sub conditione. Itaque si hæc jam genera in unum cumulum conferri placet, reperientur existere tria illa, quæ traduntur apud Justinianum in §. *Inst. de verb. obl.* ut omnis stipulatio ac proinde omnis dandi faciendive conventio aut sit pura, aut in diem, aut sub conditione. Quid valeat et efficiat harum unaquæque, videndum est. De quibus tantum nunc dicam, quantum ad summam ipsam juris de his recepti cognoscendam necesse erit, non longius. Quando id jus totum a me alibi fusius et accuratius expositum est adhibita diligenti partium singularum quæ lucem et fidem desiderare videbantur tum explicatione, tum confirmatione: quæ sicubi hoc loco opus fuerit, melius ex ea tractatione petetur, ne quid necesse sit nobis eadem repetere. Exstat in commentariis ad *tit. de verb. obl. L. cum qui Calendis*, 41. §. *ult.*

III. Et puræ conventionis vis ea est, quæ regula juris definitur, ut in omnibus obligationibus, in quibus dies non opponitur, præsenti die [1] debeatur. *L. in omnibus obligatio-*

1) Evestigio dies cessisse intelligitur *L.* 213. *de V. S.* tametsi mora non contrahatur sine interpellatione, Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 31. Pluribus hac de re Don. *ad L.* 41. §. 1. *h. t. n.* 29. Cui *ibid.* Hopper. *Lib.* 2. πιθανῶν *pag.* 39. actorem statim petentem non cadere in pœnam plus petitionis ex L. Zenoniana. Diss. DD.* vulgo Vult. *in* §. *omnis* 2. *I. h. t.* Menoch. *Arb.* 2. *C.* 27. et Gomez 2. *Resol.* 11. *n.* 1. statim quidem peti posse sentiens, sed assignari a judice tempus, commiserationis gratia, ad solutionem, in costituto 10. dierum *d. L.*, 21. §. 1. in aliis contractibus arbitrarium *d. L.* 105. Idque tempus legale differre a conventionali. (1) Quoad effectum compensationis. Intra diem adjectum non potest ea objici, hic potest *d. L.* 16. §. 1. (2) Hic non duplicantur induciæ, uti si ante diem adjectum agatur §. 10. vers. *hodie I. de except.* (3) Præscriptio non inchoat nisi elapso die *L.* 7. §. 4. *C. de præscr.* 30. *ann.* hic statim. Aliter Goth. *in d. L.* 41. §. 1. 10. dies tribuens debitori: aliter P. Greg. 22. *Synt.* 7. Sane verba confestim, in continenti et similia temperamentum aliquod et spatium temporis, arbitratu boni viri definiendum, admittunt, vid. Coler. *de Proc. exs. P.* 4. *C.* 2. *n.* 7. *et* 8. expedita tamen et recta hic Donelli sententia de tempore judicatis vel confessis indulto. Nec inter hæc parum discriminis, ut ostendit idem *ad d. L.* 41. §. 1. *n.* 37. quia si a conventione habet tempus aliquod debitor, gemina ei dilatio sin a lege, una. Itemque gemina erit, si cum Gometio ponas legalem quidem dilationem, sed ab illa diversam, quod statui nequit sine fraude creditoris.

tionibus, *D. de reg. jur.* Deberi, accipe cum effectu, ut sit quod ita debeatur, ut et peti possit. Sic enim alibi vis puræ stipulationis explicatur, ut pure promissum dicatur confestim peti posse. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl. L. eum qui ita*, 56. §. 3. *D. de verbor. obl.* Item, ubi pure quis stipulatus fuit, et cessisse et venisse diem. Venisse autem diem significare eum diem venisse, quo pecunia peti possit. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* Et debendi verbum, cum proprie loqui volumus, sic accipitur. Unde illud, debitorem intelligi eum, a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. signif.* Et, cum pecunia ita debetur natura, ut peti non possit, magis per abusionem ita debitum dici, quam proprie. *L. fidejussor*, 16. §. *fidejussor*, *D. de fid.* Sit ergo hoc constitutum, quod pure promissum est, ita deberi, ut et statim peti possit, ac sine ulla dilatione. Sententia ut juris certi, ita et vera et perpetua. Dum tamen puram stipulationem et obligationem intelligamus, quæ non verbis tantum sed re ipsa talis est, qualem nunc intelligi volumus, id est eam, quæ diem differendi adjectum non habet neque expressim neque tacite. Alioqui est, ubi a nostris pura dicatur stipulatio, quæ figura et conceptione verborum diem insertum non habet, etsi ex re ipsa dilationem capiat. *L. interdum*, 73. *D. de verb. obl.* Quo sane sensu recte dixeris ex pura stipulatione non semper præsenti die deberi, non semper statim peti posse. Non enim potest tunc, cum ejusmodi aliqua incidit tacita dilatio. *d. L. interdum.* Eodemque sensu recte defenditur illud Ulpiani ex *L. eum qui calendis*, 41. §. *ult. D. de verb. obl.* qui cum posuisset, quoties in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecuniam deberi, excepit postea eas, quibus dies tacite inest; dum scilicet diem adjectum intelligit, qui verbis adjectus est a contrahentibus. Nos, ut dixi, puram stipulationem et obligationem ex re non ex verbis æstimamus: ut quemadmodum in diem est, aut sub conditione conventio, quæ hæc aut verbis, aut jure vel potestate conventionis in se inclusa habet: ita contra pura sit ea, quæ his rebus in totum vacua est et verbis et re ipsa, ut ista non habeat ne tacite quidem. Quæ hujusmodi est conventio, de ea, inquam, hæc juris certi sententia est, quod pure promissum sit, confestim peti posse. Sic enim nominatim concepta est in *d.* §. *omnes*, *Inst. de verb. obl.* Neque eo sensu, quem dixi, ullam exceptionem habet. Nam quod legimus ex stipulatione fundi vel hominis non posse continuo agi, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri posset: §. *ult. Inst. de inut. stip.* et præterea pecuniam pure constitutam non ante decem dies peti posse: *L. promissor*, §. 1. *D. de pec. const.* omnia de his caussis dicta sunt, quæ sunt in diem: non illum quidem verbis expressum, sed qui tacite insit conventioni, illic quidem ex natura rei, hic autem ex edicto prætoris, ut paulo post in obligationibus, quæ sunt in diem, dicetur.

IV. Ne illud quidem superiori sententiæ adversatur, quod condemnatis tempus datur solvendum. *L. intra*, 7. *L. tempus*, 29. *D. de re jud.* Hæc enim dilatio non modo non arguit ex pura obligatione statim agi non posse, sed etiam id ipsum fieri maxime confirmat: quoniam non condemnatur, nisi is cum quo actum sit judicio, et actum utiliter. *L. negantes*, *C. de obl. et act.* *L.* 1. *C. de exs. rei jud.* Et ut forte quis dicat hic petitionem differri (quod non ita est) tamen in promptu est illud Papiniani, quod respondeamus, non esse hanc dilationem ex obligatione, sed præter, atque adeo contra obligationem humanitatis caussa indulgeri *L. cum militi*, 16. §. 1. *D. de campensat.* Quod tempus si judicatis datur, non mirum, si legimus idem dari reo in jure confitendi. *L. si debitori*, 21. *C. de jud.* Hoc enim ejusdem rationis est; quoniam confessi in jure pro judicatis habentur. *L. unica*, *C. de conf.* De eo autem debitore agitur in *L. quod dicimus*, 105. *D. de sol.* Quamobrem quod illic dicitur cogendum eum esse solvere cum aliquo temperamento temporis; intelligemus id tempus dici quod confessis datur: proinde et de eo loco idem quod supra a nobis responsum esse.

CAP.

CAP. VIII.

Conventionis in diem jus hoc esse, ut hinc tunc peti possit promissum, cum dies præterierit: ante non possit; interim debeatur tamen; ejus obligationis quis effectus.

Transitio et methodus tractationis. I.
Quod in conventione est, quæ in diem dicitur, ante diem peti non potest, sed nec eo die, in quem dilata solutio. II.
Idem juris in conventione, quæ est sub conditione, et in diem. III.
Sed tamen et ante diem debetur, quod ante illum non potest peti: quo sensu debendi vox accipiatur. IV.
Obligatio debendi ante diem detracta etiam petitione utilis, cum stipulatori, tum promissori, et quatenus utrique. V.

I. HÆc de pura obligatione. Ac tandiu talis est omnis obligatio contracta, quandiu nihil hic in circumstantia præstationis minuat conventio. Minuit autem addito solvendi die, aut conventione. Quibus additis, quid hic efficiat adjecto, videamus. Ac de jure quærentibus, ut nunc facere instituimus prima quæstio in his hæc occurrit, quo jure unaquæque harum conventionum habeatur: sic deinde hoc jure posito, de die et conditione apposite quod satis sit ad ejus juris explicationem, cognoscendum. Stipulatori ex stipulatione acturo alius quærendi ordo propositus est fortassis, et vero propositus esse solet. Quærit enim prius, qualis sit conventio, et utrum pura sit, an in diem, aut sub conditione, ut sic quæstionem juris ad conditionem conventionis accommodet. Quod nisi die et conditione prius cognitis facere non potest. Quod et in commentariis ad *L. eum qui calendis*, 41. §. *ult. de verb. obl.* secuti sumus. Nunc de jure præcipientibus prior ille ordo nobis convenire videtur, ut prius jus statuatur, quam quæ hinc nascitur, ejus interpretatio. Quod et nunc sequemur.

II. Ergo in his conventionibus, quas in diem dicimus, diei adjecti vis hæc est, ut ante diem, seu ante quam dies venerit [1] peti nihil possit. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl.* Hoc amplius placuit, ne eo quidem die in quem solutio dilata est, peti posse. Ut, si promiseris Calendis te daturum, petere tamen Calendis non possim: si promiseris te daturum proximis nundinis, non possim petere, nisi spatium omne nundinarum præterierit. *d.* §. *omnis*, *L. qui hoc anno*, 4. *L. eum qui certarum*, 138. *D. de verb. obl.* Quod cur veteribus placuerit, explicatione indigebat. Videtur enim prima fronte constitutum contra quam aperte cautum sit. Sic enim verba sunt, ut Calendis dares, quod nihil aliud est, quam ut Calendis dare deberes. Id quod si agitur, sequitur, ut Calendis possim petere, quod debes; cum actio sit jus persequendi judicio, quod nobis debetur: ut proinde nec actio sit, nisi de eo quod debetur: nec debeatur quidquam jure civili, nisi de quo sit actio. *Inst. de act.* in pr. Ideo adversus hanc dubitationem et objectionem tacitam ratio reddita est superioris sententiæ in *d.* §. *omnis*, *de verb. obl.* ut scilicet cum promisisti Calendis, nec eo die possim petere, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debeat: idest si ad diluendam superiorem objectionem dicendum est apertius: quia nec eo die debueris: idque ideo quia nec eo die dare necesse habueris. Quod et ipsum recte placuit. Ut enim convenit, ut Calendis dares: ita dum totus is dies tribuitur ad solvendum, hoc ipsum convenisse intelligitur, ut posses toto eo die libere dare. Non potest autem hoc tibi esse liberum, si eo die a te invito peti et exigi potest.

III. Hæc sententia generalis est, pertinens ad omnem conventionem non solum quæ sit in diem tantum, sed etiam quæ sit sub conditione, si modo etiam sit in diem. Itaque quod dicitur in conditionalibus conventionibus, cum quid sub conditione promissum est,

[1] Nisi debitor labatur facultatibus, vel timor fugæ aut dilapidationis. Tunc enim et ante diem capi et ad cautionem præstandam compelli potest *L.* 41. *de judic.* Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 3. *n.* 106. Marq. Freher. *Lib.* 2. *de Fama C.* 13. *n.* 10. Bron. 1. *Ass.* 70. Quod Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 57. restringit, nisi ipse tempore contractus æque suspectus fuerit, quia tunc sibi imputet creditor, quod cum eo contraxerit.

est, conditione exsistente committi stipulationem, et statim agi posse. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* *L. cedere*, *D. de verb. signif.* perpetuo hoc sic accipiendum erit, nisi et stipulatio diem habeat, quo promissor quid dare aut facere possit, quo petitionem evitet. Quod declaratur exemplo in [2] *L. in illa*, 8. *D. de verb. obl.* in stipulatione hujusmodi: *Si Calendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* fac Stichum ante Calendas mortuum. Non dubium est, quin exstiterit conditio in non faciendo posita, cum homine mortuo certum esse cœperit eum amplius dari non posse. Num ergo commissa stipulatione statim agi poterit etiam ante Calendas? Placuit non posse: quia tota obligatio sub conditione et in diem collata esset: et licet [3] ad conditionem, idest secundum conditionem, vel quod ad conditionem attinet, committi obligatio videatur: dies tamen superest, qui exspectandus est.

IV. Hactenus ergo minus est in conventione in diem collata, quam in pura, quod hæc petitionem præsentem habet: illa non habet. Sed petitione detracta, obligatio etiam ante diem est communis. Et hoc est: in diem promissum, etsi ante diem peti non potest, [4] debetur tamen. Et ut aliis verbis hoc idem exprimunt veteres, præsens hic obligatio est, in diem autem dilata solutio. *L. centesimis*, 46. *D. de verb. obl.* Item, ubi in diem obligatio est, non venit dies, cessit tamen. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* ut dicatur cedere dies, qui progredi et procedere incipit eo usque donec ventum sit ad eum diem, qui solutioni dictus est. Quod ergo Ulpianus in *L. eum qui Calendis*, 41. §. *ult. de verb. obl.* ita scribit, diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur: verbum debendi sic accipiendum est, ne debeatur cum effectu, idest ita, ut peti possit; quomodo debendi verbum, cum proprie loqui volumus, usurpari solere superiore capite diximus. *L. debitor*, *D. de verb. signif.* Sed usus obtinuit, ut generali debendi verbo contineatur omne, non solum quod jure civili debeatur, sed etiam quod natura tantum; quanvis hoc posterius magis per abusionem dicatur, quod tale est, ut peti non possit. *L.* 3. §. *ult. D. de pec. const.* *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.* *L. fidejussor*, 16. §. 1. *D. de fid.* Nec unquam prior illa significatio sola accipitur, nisi cum res et loci circumstantia ostendit de eo scriptorem sensisse quia res alii debito convenire non possit: ut in superiore definitione Ulpiani, quæ ex aliis notis declaratur ad id tantum genus referri posse.

V.

2) Cui graviter obstare creditur *L.* 10. *eod.* Et Hot. quidem 2. *Amicab.* 22. dissensionem relictam conqueritur. Rationes vero eorum, qui diem expectandum censuerunt, fuisse. (1) Quia præter conditionem, etiam in diem collata obligatio *d. L.* 18. *h.* et *L.* 10. §. 1. *Si quis caut.* (2) Quia status obligationis, cui dies certus ab initio definitus, ex post facto non immutatur *L.* 114. *h. tit.* Contra alios sensisse *L.* 10 *L.* 113. *L.* 115. *L.* 72. §. *ult. h. t.* ex ea ratione, quia caussa dilationis sublata dilatio quoque sublata censeatur. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 32. ita: Si dies adjectus dispositioni ex. gr. Promitto 10. intra annum si navis ex Asia venerit, requiritur quoque lapsus diei *L.* 103. *de cond. et dem.* (quæ pars dubio pene vocat.) Sin conditioni, tunc dies expectandus, quando conditio pendet ex facto et voluntate debitoris, ut *d. L.* 8. *h. t.* Non vero si pendeat ex facto alterius vel casu *d. L.* 10. Nisi adjecta sit dictio extremitatem temporis significans; Ut si intra annum hoc contigerit promitto 100. *L.* 4. §. 1. *de cond. et dem.* Convenit fere Donellus noster *ad d. L.* 8. et 10. conjunctas. Non semper die conditioni præstituto obligatio in diem collata. Sed dist. Aut conditio collata in personam et voluntatem promissoris: et dies adjectus efficit ut sit conditionalis pariter ac in diem obligatio. Ut si intra Calendas Septemb. non dederis, 10. dabis Objic. At hic non adjicitur dies quo pecunia solvatur, Ergo etc. §. 2. *I. de V. O.* Respon. imo. Licet tacite. Actum enim ne det 10. si Cal. Stichum dederit. Ac tota conditio promissoris caussa adjecta pro ejus commodo accipienda, ad differendam pœnæ petitionem. Nam non necesse est ut statim Stichum det, sed potest dare Calendis, ad hoc ne 10. peti possint. Nec si Stichus viveret ante Cal. peti possent 10. etsi debitor eum dare nollet. Idem igitur eo mortuo. Aut in casum vel personam extranei, si navis intra Cal. non redierit; Si titius intra Cal. in Italiam non venerit, ac stipulatio committitur non expectato die, post quam certum id fieri non posse, nave submersa, Titio mortuo. *d. L.* 10. *L.* 4. *de cond. et dem.* quia non est adjectus, quo solvatur, nec verbis, ut liquet, nec sententia, quia promissoris caussa non adjectus: nec intra eum quidquam ipsi facere licet ad evitandam pœnam, ut in priori casu. Nisi vocula *tum* adjecta *d. L.* 4. §. 1. cujusvis ea, ut promissioni dies adjectus sit. Nec in effectu fere alia Cujacii solutio *ad d. L.* 8. quia *in d. L.* 8. adscriptus solutioni, quippe promissoris gratia *in d. L.* 10. soli conditioni nec promissoris differendæve solutionis caussa: vid. idem 8. *Obs.* 9. Aliter Rob. 1. *Animadv.* 16. Vasq. 3. *Ill. Contr.* 95. Connan. 6. *Com.* 3. *n.* 13. Pac. 7. *Q.* 26.

3) Cujac. 1. *Obs.* 22. 9. *Obs.* 17. *et ad d. L.* 8. *et* 3. *not.* Merc. 28. pro *ad conditionem* legit *ante diem conditio*, errorem ex notis a Triboniano non intellectis ortum sensiens. Sed recte notatur a Rob. 3. *Animad.* 28. Ræv. *ad L.* 14. *de R. I.* P. Fab. 2. *Semestr.* 16. Duar. et Donell. *ad d. L.* 8. *n.* 5. Quis enim unquam dixit committi conditionem, maxime, ait Rævardus, si non tam existat, quam evanescat. Stipulatio et pœna committi dicuntur, non conditio, quin phrasis elegans *ad conditionem*, pro quantum attinet ad conditionem. Sic Cic. *Paradox. ult.* ad opinionem *de urusp. Respons.* 2. *Acad. QQ. etc.* Don. *d. loc.* Vel ut Ræv. ad conditionem committi, est ab ea conditione sive adimpleta sive deficiente obligationem initium sumere. Ut sensus sit. Licet evanescente conditione incipiat deberi et cesserit dies, nondum tamen venit ideoque peti nequit. Quamquam non usquequaque arridet quod Rævardus hic evanescere conditionem scribit. Conditio enim quæ in non faciendo, si id non fiat, per hoc impletur, non evanescit. Evanescit autem, vel deficit conditio in faciendo seu affirmativa, si quod fieri debuit, non fiat. Existentia conditionis præbet initium obligationi, defectus ejusdem facit ut nulla contracta videatur.

4) Cujac. 25. *Obs.* 12. Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 31. P. Fab. *ad L.* 14. *de R. I.* Rob. 1. *Sent* 26. Hopper *Lib.* 2. *πεδιανῶν pag.* 36. Dies adjectus non pertinet ad verba promissionis, nec substantiam ejus vere respicit, quia tempus non est modus inducendæ obligationis *L.* 44. §. 1. *de O. et A.* Sed ad verba exsecutionis, quæ sui natura dilationem recipiunt. Obligatio est juris, exsecutio facti. Nec probo quod Jac. Scult. *in Add. Mod. Pist. P.* 1. *Q.* 1. *n.* 7. qui in diem debet non proprie debitorem esse contendit per *L.* 46. *de leg.* 2. Ibi enim verba *dare facere oportet*, non obligationem spectant, sed actionem. Hæc enim usitata condictionum formula erat: Ajo te mihi dare facere oportere. Nata equidem et ante diem actio quæ obligationi conjuncta, sed non eo usque provecta ac adulta, ut in forum prodire ac vim suam exerere possit, ait Hopper. *d. loc.* Recte. Non tamen ideo necesse est exceptione se tueatur, atque actionem elidat debitor, ut Mercer. *in Conciliatore*, *p. m.* 713. *et seq.* Rob. 1. *Animadv.* 16. perperam huc trahens *L.* 24. §. 2. *Locati.* Ibi enim actio vere efficax. Vult. *in* §. 2. *I. h. t. n.* 5. Phil. Matth. *ad L.* 14. *de R. I. n.* 18. et quodammodo Gomez. *d. loc. n.* 21. qui tamen sibi fere non constans *n.* 24. scribit agentem ante diem posse judicis officio repelli, si ex actis constet in diem esse obligationem, parte non opponente. Tantum vero abest istud probet §. 3. *I. h. t.* ceu puta Vultejus, ut evertat potius. Dispar etenim ibi caussa statuitur illius stipulationis decem annos, quoad vivam dare spondes; ab obligatione in diem etc. ut intuenti apparet. Quin *d.* §. 2. *I. eod.* aperte peti non posse, et *d. L.* 42. *h. t.* *et L.* 98. §. *ult.* non recte peti, male agi *L. un. in fi. Quandi us. leg. ced.* non posse agi *L.* 9. *pr. de reb. cred.* Actio igitur ipso jure denegatur. Tametsi eadem vere nata sit, tanquam effectus caussæ, obligationi cohærens. Quo argumento, præter alia moveor, *jus* ut genus in definitione actionis, nec facultatem nec formulam denotare posse: vid. *infra Lib.* 19. *Cap.* 1. *N.* 4.

V. Neque vero si in diem promissum ante diem peti non potest, ideo obligatio quam interim subesse dicitur, est inutilis, ne forte petione detracta inanem quæstionem esse putemus, an nihilominus inde debeatur. Non prodest obligatio ad petitionem: at prodest ad ea commoda complura, quæ obligatio et debitum omne præter petitionem secum adfert cum stipulatori, tum promissori. In eo stipulatori hæc commoda sunt. Si subest interim debitum, et præsens obligatio: debitum novari potest, etiam ut præsens fiat obligatio ex novatione. *L.* 1. *L.* 5. *D. de novat.* Constitui potest, et quidem ita, ut etiam ante diem principalis obligationis ex constituto debeatur, si modo id actum sit. *L.* 3. §. *ult.* et *L.* seq. *D. de pec. const.* Solutum ante diem quanvis per errorem repeti non potest, quia recte solutum, et fuit debitum. *L. in diem D. de cond. ind.* Promissori autem ex ea re hoc est commodum, quod si videtur ei solvere ante diem, licet, et cum solverit, jure liberatur. Et quidem si volens creditor solutionem admiserit, nemo dubitat. Posuimus enim etiam ante diem fuisse debitum quod datur. Constat autem solutione ejus quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. toll. obl.* At quid si creditor recuset accipere, quod offertur, quod dicat præmature et ante tempus justum solvi? Licetne etiam invito eo ante diem solvere? Quæstio in eo est, cujus caussa dies adjiciatur, debitorisne, an creditoris, an utriusque. Nam si quo modo adjicitur creditoris caussa, ante diem invitus accipere non cogitur. Jus enim ei semel stipulatione quæsitum invito auferri non potest. *L. habere*, in fin. *D. de evict. arg. in L. ult. D. de pact.* Sed constat diei adjectionem pro reo esse non pro stipulatore. *L. eum qui Calendis*, 41. §. *ult. D. de verb. obl.* Quo fit, ut cum debitor ante diem solvere volet: quia debitum solvit, et licet ei dilationi pro se introductæ renuntiare ex perpetuo jure, *L. pen. C. de pact.* possit etiam id facere creditore invito. Idque ita duobus locis expressum est, puta *L. quod certa*, *D. de sol. L. stipulatio ista*, 38. §. *inter*, *D. de verb. obl.* In hanc sententiam consentiunt omnes superiorum ætatum interpretes. Nec mirum, cum et superiores loci hanc ipsam tam aperte exprimerent, et ratio ipsa etiam invitis extorqueret. Exstiterunt tamen nostra ætate, qui hanc sententiam in dubium vocarent, et dicere auderent promissorem ante diem invito creditore solvere non posse. Quorum opinionem refelli pluribus ad *d. L. eum qui calendis*, §. *ult. de verb. obl.* Quod cum fecerim accurate, et ut confido, bonis et doctis probarim, non est, cur hic quidquam mutem, aut etiam inculcem odiosus. Inde ergo sumere licebit, quod huc transferatur.

CAP.

CAP. IX.

Quæ conventiones sint in diem.

Quid conventio in diem. Huic tria inesse. I.
1. *Diem, et hunc certum. Diei certi ab incerto distincta notio utilis. Cur conventio ista de die certo intelligenda.* II.
2. *Diem, in quo sit pecuniæ solutio facienda. Pecuniæ nomine quid veniat.* III. VII.

Dies conventioni adjicitur aut finiendæ; aut multiplicandæ obligationis; aut conditionis temperandæ; aut solutionis differendæ caussa. IV.
Quomodo finiendæ. V.
Quomodo multiplicandæ obligationis. VI.
Quomodo conditionis temperandæ. VII.
Quomodo solutionis differendæ gratia. VIII.

Dies etiam solutionis adjectus non facit conventionem in diem, si vel hodiernus sit, vel deposito insertus; et quæ utriusque ratio. IX. X.
3. *Diem et hunc conventioni adjectum expresse vel tacite. Dies expressus qualis.* XI.

Dies non expressus inest vel jure ipso in constituto: vel vi et potestate conventionis in opere faciundo, et in fundo tradendo. XII.
Quomodo in opere faciundo. XIII.
Quomodo in fundo tradendo. XIV.

An et servi dandi stipulatio spatium habeat, seu diem; et cujus servi. Interpretatio §. ult. Instit. de inutil. stipul. XV.

An et locus in quo aliquid dare oporteat diem tacite adjectum habeat. XVI.

I. EX hoc jure nascitur de re de qua jus hic constitutum est, quæstio: eaque duplex. Una, quæ sint conventiones in diem. Altera, in quem diem, si forte de eo dubitetur (ut nonnunquam ex conceptione diei de eo dubitari solet) quo scilicet eum diem exspectari et præteriri oporteat ex supra scripto jure, priusquam petitio nascatur. Quæ conventiones sint in diem, breviter et commode definitum est sub specie stipulationis in §. *omnis*, vers. *in diem*, *Inst. de verbor. obligat.* Ut sic conventio in diem cum adjecto die, quo pecunia solvatur, conventio fit: veluti, decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? Ergo hujus rei definitio tria desiderat: Ut sit dies; Ut dies, quo pecunia solvatur; Ut is dies conventioni adjectus. Quæ singula distincte expendemus.

II Primum hoc genus conventionis diem desiderat. Diem hic certum accipere debemus. Nam dies incertus etiam in conventionibus conditionem facit. In legatis quidem semper: *L. dies*, 75. *D. de verb. obl.* In contractibus autem ita, si sit plane incertus, id est talis, de quo incertum sit, an exstiturus, necne, puta, cum Titius venerit, cum Titius ad vigesimum annum pervenerit. *L. quodcumque*, 45. §. *pen. D. de verb. obl.* Sed de eo in conditione amplius, postquam hic dies ad conditionem pertinet. Neque otiosum est diem certum isto modo ab incerto distingui. Effectus hic est, ut quantum interest inter conventionem in diem, et eam quæ fit sub conditione: tantum interesse intelligamus inter conventionem in diem, et eam quæ fit sub incerto die, seu in diem incertum. Unde est, quod dicitur in diem debitor adeo debitor esse, ut ante diem solutum repetere non possit. *L. in diem*, 10. *D. de cond. ind.* Quod constat plane contra observari in eo, qui quid debet sub incerto die. *L. sub conditione*, et *L. seq. D. eod.* Cur ergo conventio in diem dicitur ea tantum, quæ est in diem certum, non etiam ea, quæ est in diem incertum, cum dies incertus non minus sit dies: denique cum diei verbum genus sit, cujus species sint, dies certus, et incertus? Fit hoc per excellentiam nominis, cum ἐμφατικῶς in diem dicitur, quæ solum est in diem, nullam partem aut vim conditionis admistam habens. Ea autem solum talis est, quæ est in diem certum. Nam quæ fit sub incerto die, vi ipsa magis est sub conditione, aut certe ita in diem, ut sit etiam sub conditione. Quo nomine ab iis conventionibus, quæ sunt in diem certam, pene toto genere distinguitur.

III. Non simpliciter dies adjectus conventionem in diem facit, sed dies quo pecunia solvatur ex definitione. Proinde quicumque dies adjicitur conventioni, non differendæ solutionis et actionis caussa; is non differt obli-

obligationem, nec facit conventionem in diem, quam quærimus. Quod species eorum dierum declarabunt.

IV. Diei conventioni adjecti quatuor sunt species. Aut enim adjicitur dies finiendæ obligationis causa; aut multiplicandæ; aut temperandæ et restringendæ conditionis; aut solutionis et actionis differendæ. Tria genera priora obligationem et solutionem non differunt; solum postremum differt, id quod supra posuimus, et quod definitio superior exigit.

V. Finiendæ obligationis caussa dies adjicitur, cum aliquid promittitur usque ad certum tempus: veluti dabis usque ad Calendas Martias? dabis, dum vivam? quod genus conventionum dicitur esse non in diem, sed ad diem, seu ad tempus: ut sit, usque ad diem, usque ad tempus, non longius, ut et similia legata *L. obligationum*, in pr. *D. de obl. et act. L.* 4. *D. de servit.* In hoc genere præsens obligatio est, et pure facta intelligitur, ut est in §. *at si ita, Inst. de verb. obl.* Nempe ideo, quia non adjicitur dies is, quo pecunia solvatur, quod requirimus. Et certe apparet verbis tantum id agi, ut quæ semel recte cœpit, tempore finiatur præstatio. Ac finitur non ipso jure, sed ita, ut si post tempus constitutum agatur, pacti vel [1] doli mali exceptione occurratur. *d. L. obligationum, de obl. et act. d.* §. *at si ita, de verb. obl. d. L.* 4. *D. de servit.*

VI. Multiplicandæ obligationis caussa dies adjicitur, cum eadem summa aut diversæ res per longum tempus, puta dum vivam, promittuntur, leganturve in singulos annos, vel quotannis, in singulos menses, vel quot mensibus, in singulos dies, vel quot diebus, aut decem annua, menstrua, quotidiana. In hoc genere placet singulas præstationes initio cujusque anni, mensis, diei ita cedere, ut et peti possint, non finito anno, mense, aut die, de quibus cautum est: atque ita fiat, ut sit in omnibus singularum præstationum præsens obligatio et actio. Hoc in legatis annuis et similibus qualia retulimus, diserte traditur in *L. nec refert*, 11. *L. nec semel*, seq. in pr. et §. *novissime*, *D. quand. di. leg. ced.* In conventionibus autem hujusmodi traditur non obscure in *L. cum in plures*, 60. in pr. *D. loc. L. eum qui ita*, 56. §. *qui ita stipulatur*, *decem*, *D. de verb. obl. d.* §. *at si ita*, *Inst. eod.* Et tamen si stipulor hoc anno, aut hoc mense mihi dari; placet nisi omnibus partibus præteritis anni vel mensis non recte peti. *L. qui hoc anno*, 42. *D. de verb. obl.* §. *pen. Inst. de inut. stip.* Quid ergo interest, dicat aliquis, ad significationem verborum, et dilationem obligationis, utrum stipuler hoc anno, an vero his annis sequentibus, quibus singulis id agatur, ut dare debeas? Multum vero interest: atque adeo hoc ipsum, quo distinguuntur conventiones quæ in diem sunt, ab iis quæ non sunt in diem. Nam cum semel stipulor unam summam, si præsenti die deberi volo, inutiliter adjicio hoc anno. Quare si adjicio, neque otiose, non potest dies alius rei caussa adjectus intelligi, quam ut sit dies, quo pecunia solvatur, ac propterea conventio in diem. Cum autem eadem summa promittitur, legaturve in singulos annos: quibuscumque verbis exprimantur anni sequentes, apparet quo spectet ista annorum expressio. Nempe huc spectat, ut repetatur, et multiplicetur per tot annos præstatio, quæ alioqui non expressis annis una tantum futura erat. Quæ expressio plurium annorum repetendæ et multiplicandæ præstationis caussa adjecta est, ea inchoandæ solutionis, id est alterius rei, caussa adjecta esse dici non potest. Sic ratiocinatur Julianus in *d. L. eum qui ita*, 56. §. *qui sibi*, *D. de verbor. obligat.* qui cum eum qui sibi aut filio suo dari stipulatur, dixisset manifeste personam filii in hoc complecti, ut ei recte solvatur: sic deinde colligit non videri patrem personam filii apprehendisse obligationis acquirendæ gratia, quem constat apprehendisse solutionis caussa. Quocirca bene illis versiculis res comprehensa est, qui referuntur ab Accursio in. *d.* §. *at si ita*, *Inst. de verb. obl.*

Annua si debes, tunc inspecies caput anni,
Anno si debes; in fine teneberis anni.

Vide quæ disseruimus in hanc sententiam ad *L. qui hoc. anno*, 42. *de verbor. obligat.*

VII. Temperandæ conditionis tantum caussa dies adjicitur in hujusmodi stipulationibus, Si Titius intra Calendas Martias in Italiam non venerit, decem dabis? Apparet hic diem non adjici, quo pecunia solvatur aut quid fiat a promissore: cum et factum et faciendi

[1] *L.* 56. §. 4. *h. t.* ubi tamen exceptionis pacti conventi mentio Jo. Saporta *Tr. Moræ C.* 2. *n.* 61 quæ non pugnant, quia omnis infactum exceptio ex accidenti potest fieri doli mali *L.* 2. §. 5. *de doli exc.* Gœd. *de Contr. stip. C.* 7. *Concl.* 5. *n.* 124. Qui et *ibid. n.* 120. *et seq.* aliam statuit conventionem ex die, ubi non nisi eo exacto nascatur obligatio, quia vocula *ex* designet ortum cujusque rei.

di dies conferatur in personam Titii extranei, qui ad obligationem nihil pertinet: sed tantum adjici temperandæ et restringendæ conditionis caussa: quo scilicet intelligeretur non esse satis ex conditione, si Titius quandoque veniat in Italiam: sed adventum ejus huc adstringi, ut venire debeat intra Calendas. Ideo ut in stipulatione, quæ fit sub conditione tantum, non etiam in diem, recte significatur in *L. hoc jure*, 10. *D. de verb. obl.* si exploratum esse cœperit Titium ante eum diem in Italiam venire non posse statim agi posse, quia tum conditio exstiterit: neque esse exspectandas Calendas, quia is dies obligationi injectus non fuerit. Non idem placuit, si hoc genus conditionis addito eodem die collatum sit in factum ipsius promissoris. Ut si ita stipuler, Si Calendis Stichum non dederis, Si Capitolium intra biennum non ascenderis, decem dare spondes? placet utramque stipulationem ita sub conditione contractam videri, ut sit etiam in diem: ut quanvis in utraque ante diem conditio exstiterit, illic quidem Sticho ante mortuo, ut jam dari non possit, hic autem te mortuo, ut certum sit te in Capitolium ascendere non posse: non tamen statim agi possit, sed sit exspectandum, donec et ille Calendæ, et hic biennium præterierit. *L. in illa*, 8. *L. veluti*, 27. §. 1. *D. de verb. obl.* Cur hæc tam varie? quia in his posterioribus stipulationibus dies conditioni insertus adjicitur eo, ut pecunia etiam eo die solvatur. His enim verbis, si Stichum intra calendas non dederis, si intra biennium Capitolium non ascenderis, decem dabis? hoc dici intelligitur, intra eam diem Stichum dabis, Capitolium ascendes, aut decem dabis? ut appareat eundem diem ei pecuniæ promissæ injectum videri, quoties in potestate promissoris ponitur, ut ei liceat intra eum diem aliquid dare, aut facere, quo principalis pecuniæ præstationem [2] evitet. Hoc tamen ita, si conditio utiliter adjecta fuerit: quales sunt superiores, Si intra Calendas Stichum non dederis, Si intra eum diem Capitolium non ascenderis. Alioqui si ita stipuler, Si intra Calendas digito cœlum non attigeris, placet statim agi posse. Tantum ideo, quod certum sit jam ab initio, te in cœlum ascendere non posse. *d. L. in illa*, 8. in fin. *D. de verb. obl.* Et tamen conditio collata est eodem modo in factum promissoris, et eundem diem faciendi adjectum habet. Sed conditio adjecta est inutiliter: atque adeo nulla est ea, quæ rem in casum non suspendit: qualis est hæc, quam certum est jam evenisse, ut dicitur: quod si ipsa per se conditio tota inutilis est, erunt inutiles et singulæ ejus partes: pars autem conditionis hujus est dies. *arg. in L.* 1. §. *editiones*, *Inst. de edend.*

VIII. Solus igitur restat dies, qui conventionem in diem faciat, cum ita adjicitur, ut eo die solvatur: seu cum adjicitur, solutionis et actionis [3] differendæ caussa, ut loquitur Papinianus in *L. liber*, 118. §. 1. *D. de verb. obl.* Hæc verba quo pecunia solvatur, sic accipere debemus, ut pecuniæ verbo significetur res omnis, quæ ex conventione præstanda est. Sive sit pecunia numerata, sive fundus aut res alia corporalis, sive etiam non res sed facta promissa. Nam et faciendi conventiones præcipue diei dilationem recipiunt. *L. interdum*, 73. *L. si ita stipulatus*, 14. *D. de verb. obl.*

IX. Interdum tamen ne hoc quidem adjecto die, quo pecunia solvatur, conventio est in diem, aut differtur petitio. Alias genus diei, alias natura negotii prohibet. Genere diei unus dies exceptus est, quo adjecto nihilominus præsens est obligatio. Is est hodiernus dies, cum scilicet ita stipulor, decem hodie dare spondes? Hanc conventionem Papinianus sic accepit, ut non esset in diem ne hodiernum quidem. Is enim respondit in hac specie vel eodem die pecuniam peti posse *L. liber*, 118. §. 1. *de verb. obl.* Quod non fieret, si in hanc diem obligatio collata esset. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl.* Id autem probat a repugnantibus, hoc modo: Non est ea conventio in diem, in qua id agitur, ut præsenti die pecunia debeatur. Pugnant enim inter se conventioni diem appositum esse, et ex ea præsenti die deberi, ut indicat regula juris. *L. in omnibus obligationibus*, *D. de reg. jur. L. eum qui calendis*, 41. §. *ult. K. de verb. obl.* At cum stipulor hodie mihi dari, apparet id agi, ut præsenti die mihi debeatur. Non est igitur hæc stipulatio in diem.

X. Negotii natura evenit, ut dies certus adjectus quo pecunia solvatur: tamen obligationem non differat in diem, in una specie depositi. Nam si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas: et tecum et te mor-

2) Vid. *C. præced. N.* 2. quæ huc referri potuerunt, et retulisse mallem.

3) Dilatio in conventionibus in diem non ad substantiam obligationis spectat, sed rei favore adjecta, non ut nondum debitor sit, sed ut intermedio tempore facilius solutionem parare possit, Rob. 1. *Sent.* 26. Curt. 1. *Conoect. ad. Fr*, 31.

mortuo cum herede tuo possum depositi agere. Et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero ego et heres meus agere depositi, mutata voluntate. Hoc in *L.* 1. §. *pen. D. depos.* Recte in deposito: quia totum hoc genus contrahitur deponenti gratia: proinde et ejus gratia dies depositi repetendi. Quapropter liberum est illi eum diem expectare, si videtur; et si videtur non expectare: cum liceat unicuique iis quæ pro se introducta sunt, renunciare *L. pen. C. de pact.* Adde, quod cum omnis conventio inventa sit, ut acquirat quisque quod sua interest; necesse est esse inutilem ei, cujus id de quo cautum est, servari nihil intersit, *L. stipulatio ista*, 38. *L. alteri D. de verb. obl.* Perspicuum est autem nihil interesse depositarii diem depositi reddendi exspectari. Quinimo contra ejus interest depositum reddi primo quoque tempore, ut molestia custodiæ, et periculo omni liberetur. Nihil habet igitur, quo depositum ex conventione superiore retineat. Qui si cum ejus nihil intersit, nihilominus velit retinere eandem custodiam, recte ei dicetur suspectam esse ejus operam, qui eum ingerat invito. *L. quæ omnia*, 27. *D. de proc.*

XI. Cæteris in diebus et caussis dies certus adjectus, quo pecunia solvatur, conventionem facit in diem: quo die differtur solutio et actio. Sed ita, inquam, dum is dies adjectus sit conventioni. Quod erat tertium in definitione superiore. Adjicitur conventioni dies partim aperte, partim tacite. Aperte, cum exprimitur. Tacite cum inest re ipsa, quanvis non expressus. Nam et hic dies non minus recte adjectus dicitur, ut intelligamus hunc quoque ad definitionem conventionum in diem pertinere. Sic vocatur diserte in §. *loca*, *Inst. de verb. obl.* Exprimitur dies, ut in his formulis usitatis: Dabis Calendis, intra Calendas, post Calendas Martias? dabis hoc anno, hoc mense, proximis nundinis? dabis intra biennium, post duos tresve annos? quales videre est in his locis. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl. L. in illa*, 8. *L. si ita*, 12. *L. qui ante* 13. *L. veluti*, 27. §. 1. *L. qui hoc anno*, 42. *L. cum qui certarum*, 138. *D. de verb. obl.* Exprimitur et in hac stipulatione, quod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare spondes? Responsum hic est, eum qui ita stipuletur, videri non hodie stipulari, sed sua die, hoc est Calendis. *L. qui sic stipulatur*, 47. *D. de verb. obl.* Nempe quia quod Calendis dare promisisti, non oportet te dare, nisi Calendis. Nunc autem hæc verba erant, quod te dare oportet. Vide quæ scripsi ad eam. *L. qui sic stipulatur*, 47.

XII. Inest dies non expressus, aut jure ipso, aut vi et potestate conventionis. Jure ipso in [4] pecunia constituta. Aut enim constituitur quid nominatim in diem, aut si dies non adjiciatur, sic edictum prætoris de constituta pecunia acceptum est a veteribus, ut inesset modicum tempus ad exigendum. Quod decem dierum statuerunt. *L. promissor Stichi*, 21. §. 1. *D. de pec. const.* Vi et potestate conventionis dies inest, quoties quod promittitur, aut ipsum per se, aut eo modo quo promissum est, præstari non potest natura, nisi spatium aliquod temporis præterierit. Id autem accidit aut ex re promissa, aut ex loco quo quid ut præstaretur, convenit. In rebus duo sunt genera earum, quæ hanc dilationem natura sua inducunt; opus faciendum; et res danda, quæ loco moveri non potest, ut fundus, interdum et servus de quo idem convenerit.

XIII. Opera quæcumque statim perfici non possunt, ut est ædificatio insulæ, fossæ fossio, quanvis pure et simpliciter verbis promissa, tamen dilationem obligationi afferunt, ut non ante agi possit ex ea caussa, quam tempus præterierit, quo ea per rerum naturam præstari possint. *L. interdum*, 73. *L. si ita stipulatus*, 14. *D. de verb. obl.* Quod tamen sic accipiendum est, si agatur in id quod interest ob id, quia totum opus de quo convenit factum non sit. Quod si mora facta in parte aliqua ejus operis aliquid damni ex ea re nobis sit: licet etiam et de ea parte [5] agere in id quod nostra interest moram in ea parte perficienda factam non esse. Ut si proponas calcem, arenam, cæmenta, tigna ad eam partem parata corrupta esse vel

imbri-

4) Cujac. *ad L.* 41. §. *ult. h. t.* Omne, ait, constitutum est ad diem, idque constituendi verbum significat. Sed Donellus noster *ibid. n.* 33. dies hos ex interpretatione constitutos, nec ex verbi significatione, aut constituentium usu, qui modo pure, modo in diem, aut sub conditione constituere solent, hoc tempus decendiale dari, sed ex mente prætoris, tetiendæ actionis gratia, quod oneraretur constituens, hac ipsa constituti actione in eum ex nudo pacto contra juris regulam data. Ex qua etiam ratione ei qui semel in mora accipiendi illa actio denegatur. Absit vero ut cum Ant. Fab. 15. *Conject.* 4. vers. *sed modicum* etc. ad *d. L.* 21. §. 2. Triboniani adjectionem ineptam dicamus, ab eodemque verba *potest quidem dici*, pro verbis ICti *verius est* submotis, subrogata asseramus.

5) Agi non potest *d. L.* 14. videlicet ad id quod interest insulam ædificatam; potest tamen ob moram agi *d.* §. *ult.* id est ob non inchoatam insulam. Moratum tantum est in eo quod præteriit. Futuri operis dies nondum venit. Don. *ad d. L.* 14. *n.* 4. et fere Pac. 7. Q. 26. Et eum quoque sensum vulgo tradi refert Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 31. ut non agatur ad justam totius operis æstimationem, sed quanti id erit, quod cœptum non fuerit. Quam solutionem infirmam quidem se sentire, ait Curtius, melius tamen in præsens non habere. Cujac. *ad d. L.* 14. dissensisse hac in re Sabinianos a Proculianis statuit juste notatus a Rob. 1. *Animadv.* 17. quem vide.

imbribus vel alio casu; aut aliter amissa, dum faber his ad eam partem perficiendam in tempore non utitur. *L. stipulationes non dividuntur*, 72. §. *ult. D. de verb. obl.* Sed ut ex stipulatione operis faciendi ante agi non potest, quam spatium ad faciendum prӕterierit: ita cum prӕterierit, statim et sine alia interpellatione ut conditione incipit ex ea caussa actio. *d. L. interdum*, 73. *d. L. stipulationes non dividuntur*, 72. vers. *Celsus*, *eod.* Ex quo apparet stipulationes et conventiones omnes hujusmodi factorum, in diem esse, non sub conditione: ut ex quibus ita maxime agi possit, si factum non sit, quod debuit ex conventione. Aliter atque si quis fructus, aut quod in utero est, stipuletur. In quo genere inest hӕc conditio si hӕc nascantur, atque his non natis tanquam deficiente conditione stipulationis, nihil debetur. *L.* 1. §. *ult. D. de cond. et dem.* Quod ideo monendum fuit hoc loco, quia Paulus in *d. L. interdum*, in dilatione tacite accipienda comparat stipulationem partus ac fructuum, et stipulationem domus ӕdificandӕ: quasi in his eadem sit dilatio. Quod non ita est. Neque tamen eo minus recte comparat. Hactenus enim id facit quod ambӕ ex re ipsa dilationem capiunt, ut ipse loquitur, quod et verum est. Sed distant in genere dilationis; quod illa partus et fructuum sub conditione est: hӕc faciendi tantum in diem, ut dixi.

XIV. Fundi quoque dandi stipulatio diem tacitum habet. Continet enim id spatium, intra quod traditio fieri possit: placetque prius quam id prӕterierit, agi eo nomine non posse: hoc diserte in §. *ult. Inst. de inut stip.* Accidit hoc rei natura. Nam cum fundus sit res immobilis, et certo loco contineatur, quo moveri natura non potest: necesse est etiam in stipulatione fundi dandi locum inesse, quo loco is fundus tradi possit; quando alio loco tradi non potest. Si naturaliter rem geri volumus. Ex loco autem inducitur tempus intra quod in eum locum perveniri possit, ut mox dicetur.

XV. Sed et servi stipulatio idem spatium habere dicitur, intra quod servus tradi possit, ut est in *eod.* §. *ult. Inst. de inut. stip.* Quod tamen cautione indiget. Neque enim simpliciter et in universum verum est, ut de fundi stipulatione recte in universum idem affirmatur. Et quidem si servus conditione personӕ, et lege mancipii non prohibeatur, quominus quovis loco a domino haberi possit, ut proinde jure sicut et natura quovis loco possit tradi; de eo sic in universum habendum est, si pure promissus sit, statim eum peti posse, neque ideo differri petitionem, quia forte dicatur esse in fuga, aut procul abesse, et postulet reus expectari, donec tempus prӕterierit intra quod is servus quӕri, et inventus adduci possit, quo actori tradatur. Idemque de omnibus aliis rebus mobilibus pure promissis placuit, ut etiam in servo diserte scriptum est in *L. continuus*, 137. §. *illud*, *D. de verb. obl.* Sed eveniebat interdum apud Romanos, ut servus conditione personӕ morari non posset nisi certo in loco. Quod accidebat iis servis, qui a dominis nominatim ea lege alienati erant, ut vel exportarentur in certum locum, vel ut certo loco haberentur, puta in provincia, non in Italia. Erantque hӕ leges ab iratis dominis usitatӕ. Quas easdem alienationi servi dictas servari oportebat. *L.* 1. 2. 7. *D. de serv. exp. L. ult. C. si serv. exp. ven.* De hoc genere servorum accipere oportet, quod dicitur in *d.* §. *ult. de inut. stip.* etiam ex stipulatione, hominem dari, non statim agi posse, sed cum tantum spatium prӕterierit, quo traditio fieri possit. Idque ita facere necesse est, nisi volumus locum ex diametro pugnare cum *d. L. continuus*, §. *illud*, *de verb. obl.* Neque vero verba loci refragrantur. Etsi enim illic Justinianus de homine promissio generaliter et indistincte loquitur ӕque ac de fundo: tamen quod initio dicitur generaliter, satis definitione sequenti explicatur, cum refertur petitio ad id tempus, quo traditio pariter et in fundo et in homine fieri possit. Fieri enim potest pariter in utroque, cum fit natura et conditione rei exigente, ut in fundo. De quo scripsi plura ad *L. eum qui Calendis*, 41. §. *ult. de verb. obl.* in ea parte, quӕ est de vi stipulationis purӕ. Atque hӕ sunt species, in quibus supra dixi mirum videri non debere, si quanvis verbis pura sit conventio, tamen prӕsenti die pecunia peti non possit. Est enim in his obligatio in diem: quando is obligationi inest, utcumque is aliunde injicitur, ut ostendimus.

XVI. Ex hoc loco dies [6] inest, cujuscumque modi res promissa sit, si quid promissum sit dari certo loco: veluti, decem Cartha-

6) Hopper tamen *lib. παιδωνῦν pag.* 42. hoc tempus nec ad temperamentum illud quod in pura stipulatione inest (ex DD. sententia per L. 105 *de sol.* vid. *supra C.* 7.) referri posse censet, nec ad dilationem, quӕ in conventionibus ad diem. Nam inquit, etsi ante hoc tempus petatur, loco tamen adjecto, non est pœna plus petitionis. Contra est, si post tempus istud sine loci commemoratione. Quare tempus hic in propriam speciem arbitrariӕ actionis cadere putat, et nec ad puras conventiones, nec ad collatas in diem pertinere.

thagini dare spondes? Natura enim facit, ut non prius ibi possit dari, quam eo ventum fuerit: et ut eo perveniatur, tempore quod satis sit, opus est. Ita fit, ut semper locus habeat tacite tempus adjectum, quo reus utatur ad pecuniam eo loco dandam. §. *loca*, *Inst. de verb. obl. d. L. interdum*, 73. *D. eod.* Adeoque id natura loci exigit, ut si quis Romæ ita stipuletur, hodie Carthagini dare spondes? placeat inutilem esse stipulationem, quia impossibilis sit repromissio. *d.* §. *loca*, *L.* 2. §. *qui ita*, *D. de eo quod cert. loc.*

CAP. X.

Die solvendi conventioni injecto, quam sæpe incertum sit, quis sit hic dies; et quem hunc in omnibus caussis, in quibus de eo dubitatio est, accipere debeamus, ut eum expectari et præterire oporteat.

Dubitatum sæpius de die conventioni adjecto, quisnam sit. Dubitatio de diebus vel conventione expressis, vel iis qui tacite insunt. I.

In expressis quatuor formularum species dubiæ 1. *hæc:* dabis hoc anno, hoc mense? *an quod ex ista debetur, primo, an postremo die mensis vel anni peti possit, aut debeat.* I. II.

2. *Illa:* dabis ante Calendas Martias. *Num Calendarum initium, aut finis spectandus in petitione.* III.

3. *Ejusmodi:* Calendis Januariis, vel Februariis dare spondes? *an hujus præstatio pendeat ab electione debitoris, vel sit certa ab initio.* IV.

4. *Ista:* dabis Calendis Januariis? *quænam, primæ, vel ulteriores Calendæ sint expectandæ.* V.

De die qui inest, cum aut de opere faciendo, aut emetiendo itinere res est, quo in loco tractaverit auctor. VI.

I. CUm constabit conventionem esse in diem, quod fiet, cum intelligemus eam habere diem adjectum, quo pecunia solvatur, sine expressus sit, sive insit tacite, de quo hactenus: etiam illa quæstio supererit ad explicationem superioris juris de conventionibus in diem constituti, quem hic diem accipere debeamus, ut sit constitutus, quem hic expectari et præterire oporteat: postquam jus superius certum exspectari, et præterire jubet priusquam agatur. Hoc autem sæpe dubium, quas conventiones etiam certo conventiones in diem esse constet, in quam tamen diem sint. Exsistit hæc dubitatio nonnunquam, idque in diebus conventione expressis, et in iis, quas tacite inesse diximus. In expressis quatuor fere species formularum occurrunt, de quibus apud veteres dubitatum esse animadvertimus.

II. Una est, cum quid promittitur non uno certo die, veluti Calendis dabis? post annum dabis? ubi significatur is dies, qui eum annum sequetur: sed promittitur certo tempore, quod ambitu suo plures dies complectitur: veluti, dabis hoc anno, hoc mense, nundinis proximis? In his formulis Sabinus putavit primo die peti posse. Proculus contra et ejusdem scholæ auctores, quandiu vel exiguum tempus ex toto eo spatio anni, mensis, nundinarum superesset, peti non posse existimarunt, quæ et sententia obtinuit. *L. eum qui certarum*, 138. *L. qui hoc anno*, 42. *D. de verb. obl.* §. *pen. Inst. de inut. stip.* Hæc dissentio dubitationem de hac specie facile arguit. Ac dubitatio ex ambiguitate orationis nata est. Verum est enim, qui quovis anni, aut mensis die petat, eum hoc anno atque hoc mense petere. Ut hac quidem significatione recte dicatur etiam primo die hujus spatii peti posse. Sed idem dici potest et de eo, qui stipulatus est Calendis dari. Nam et eum qui quavis parte Calendarum petet, verum est Calendis petere. Obtinuit tamen ex hac stipulatione peti non posse nisi finitis Calendis. Quasi totus is dies liber datus sit ad solvendum. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl.* Sit ergo idem juris in hujusmodi conceptionibus, dabis hoc anno, hoc mense, proximis nundinis? Nihil enim ad figuram verborum interest, utrum stipuler Calendis, an hoc anno. Et hoc receptum esse diximus. Obstat tamen exemplum earum stipulationum et legatorum, quibus quid promittitur, legaturve annuum, vel menstruum, vel

vel quotidianum: quæ cum iisdem verbis concipi soleant: puta singulis annis his, singulis mensibus qui sequentur, dabis; aut heres meus dato; tamen placuit statim initio cujusque anni, aut mensis agi posse. *L. nec semel*, 12. *D. quand. di. leg. ced.* §. *at si ita*, *Inst. de verb. obl.* Sed non sunt hæc similia. De quo supra respondimus in eo die, quem diximus adjici multiplicandæ obligationis caussa. Plura et ex professo ad *L. qui hoc anno*, 42. *D. de verb. obl.*

III. Altera species est, cum quid promissum est ante Calendas Martias dari. Si dictum esset, Calendis dabis, aut post Calendas Martias, non dubitaremus; quin ut Calendæ continentur his verbis, ita eas quasi liberas reo relictas præterire oporteret prius quam agi possit. Nunc cum dictum sit, dabis ante Calendas? verbis ad tempus præcedens relatis: quæritur, utrum his verbis contineatur tantum id tempus quod præcedit Calendas cœptas; an vero contineantur et Calendæ. Nam si intelligitur tantum præcedens tempus, hoc præterito peti poterit Calendis. Sin continentur et Calendæ, non potest peti priusquam Calendæ præterierint. Eademque quæstio est, si stipulatus sim mihi dari ante sequentem annum, aut ante proximas nundinas: etiamne hic sequens annus, et nundinæ proximæ contineantur, ut utrumque præterire oporteat. Et res definita est in *L. qui ante*, 13. *D de verb. obl.* In hæc verba, *Qui ante Calendas proximas stipulatur, similis est ei, qui Calendis stipulatur.* Sententia est: his verbis, ante Calendas dabis? non contineri solum tempus, quod præcedit Calendas, sed etiam Calendas ipsas, ut non ante agi possit, quam Calendæ præterierint, quia hoc juris esset, si stipulatus essem Calendis dari. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl.* Proinde et in hac stipulatione, ante sequentem annum dabis? dicemus etiam sequentem annum contineri: et in hac stipulatione, ante proximas nundinas dabis? etiam contineri nundinas, ut non nisi post sequentem annum, non nisi post nundinas peti possit: quia hoc item juris foret, si quis stipulatus esset anno proximo, proximis nundinis dari. Sed videri potest hoc prima fronte constitutum a veteribus non solum falso, sed etiam per absurde, ut pote tanquam contra manifestam naturam rerum, et significationem verborum. Constat contraria esse natura, tempus antecedens, et tempus quod sequitur, proinde et tempus quod est ante Calendas, et Calendas quæ sequuntur. Sunt enim hæc relata inter se: quorum unum nunquam potest esse alterum. Atqui his verbis ante Calendas, significatur tempus quod præcedit Calendas. Est igitur absurdum dictu eo tempore contineri Calendas, quæ sequantur, id est idem esse antecedens et sequens tempus. Et sunt hæc ita, si quidem his verbis ante Calendas significaretur solum tempus, quod antecedit Calendas cœptas, id quod in superiore ratiocinatione assumebatur. Sed hoc non ita est. Animadvertendum est enim verba hæc, ante Calendas, ante sequentem annum, ante proximas nundinas, esse ambigua: quæ ita accipi possunt, ut declarent ante Calendas cœptas: quo sensu non sane aliud exprimant, quam tempus illud solum, quod ista tempora præcedit. Sed possunt etiam sic accipi, ut significent ante Calendas finitas, ante sequentem annum finitum, ante finitas nundinas. Quo modo si oratio accipitur, nemo dubitabit, quin iisdem verbis comprehensæ sint Calendæ, annus sequens, proximæ nundinæ, quas easdem præterire oporteat prius quam agatur. Solum huc res redibat in hac ambigua significatione, ut quæreretur, quid actum esset, et secundum id utrum sumi oporteret. Et posterius sumptum obtinuit. Recte; hic enim usi sunt veteres regula juris certi, quæ est de interpretatione ambiguæ stipulationis. In stipulationibus cum quæritur quid actum sit, verba contra [1] stipulatorem interpretanda esse pro promissore. *L. stipulatio ista*, 38. §. *in stipulationibus*, *L. quidquid*, 99. *D. de verb. obl. L. cum quæritur*, *D. de reb. dub.* Est autem pro promissore tempus longius. Sic fit, ut finitas Calendas, annos, nundinas hic quoque interpretari debeamus.

IV. Tertia species est, cum aliquid promittitur sub diversis diebus disjunctim: ut Calendis Januariis, vel Februariis dare spondes? Hinc inducitur dubitatio ex jure constituto de iis rebus, quæ disjunctim promittuntur. In qua specie ab initio certum non est, quid venerit in obligationem, sed pendet ex arbitrio debitoris, cujus placet esse electionem quid velit dare. *L. plerumque* in fin. *D. de jur. dot.* Quæritur igitur in eadem alternatione dierum, an rem suspendere debeamus ex hac electione, ut is dies comprehensus

1) Et diei adjectio pro reo. Hoc igitur actum ut quocunque die ante Calendas velit, solvat et promissio ad Calendas finitas non cœptas refertur. Rober. 3. *Animadv.* 29. qui et idem esse statuit in obligatione, Post Calendas, ut hic postridie Calendarum agere possit, *L. anniculus* 132. *pr. de. V. S.* ut et Don. noster ad *d. L.* 13. *n.* 4. et 5. Diss. Cujac. ad *d. L.* 13. *et* 3. *not. Merc.* 29. *et seq. ult.*

sus intelligatur quem postea debitor elegerit. Et de eo ita placuit, in omnibus disjunctivis conventionibus cæteris in rebus electionem hanc esse debitoris, atque hinc etiam quid venerit in obligationem, pendere: in pluribus summis, et pluribus temporibus disjunctim comprehensis contra esse. In summis enim quod minus est; in temporibus quod est longius, videri jam ab initio in obligationem deductum: ut stipulanti decem aut quindecim, solum decem debeantur. Stipulanti autem Calendis Januariis aut Februariis, solum debeatur Calendis Februariis. *L. si ita*, 12. *L. si ita*, 109. *D. de verb. obl.* Ideo utrumque, non quod non sit etiam in his debitoris electio: sed quod ea jam ab initio certa est. Nemo enim dubitat, quin debitor si consulatur, electurus sit id, quo fiat, ut minus debeat. Id autem est in summis quod minus est; in temporibus quod est longius. De quo in rebus a nobis dictum est.

V. Quarta species est vicina superiori, cum quis simpliciter stipulatur sibi dari Calendis Januariis, nec adjicit quibus, primisne, an secundis, an tertiis, et ita deinceps. In quo queritur quas accipere debeamus primas, an sequentes, an etiam longissimas. Dubitatio ex jure proximæ speciei nata. Nam si pluribus temporibus alternatim comprehensis id tempus accipitur, quod est longius: convenire videbatur hoc ipsum et in hac specie accipi. Verbo enim generali Calendarum Januariarum significantur omnes Januariæ, quæ postea sequentur. Unæ tamen ex omnibus, et verbo generali dicimus omnes species contineri. *L. si servitus, D. de servit. urb. præd.* Sed placuit aliud servandum in hac specie, et non modo non longiores, vel longissimas esse spectandas, sed converso modo primas. *L. eum qui Calendis*, 41. in pr. *D. de verb. obl.* Hoc ideo, quia aliter stipulatio [2] sit inutilis. Nam si placet longiores accipi, conveniet accipi longissimas: hæ enim sunt longiores omnibus. At isto modo exspectandæ erant extremæ Calendæ hujus mundi, ut nihil unquam peti possit in hoc orbe, quo modo stipulatio sit elusoria. Restat igitur, ut primæ intelligantur, si stipulationem salvam esse volumus. Atque hoc in re dubia semper præcipitur esse accipiendum, quasi actum inter contrahentes. *L. quoties in stipulationibus*, 80. *D. de verb. obl. L. ubi*, *D. de reb. dub.*

VI. Dies quoque qui tacite inest, eandem dubitationem recipit. Quibus enim conventionibus hanc diem inesse volumus, in his non solum quæritur, an sint in diem: sed etiam in quam diem, seu quem modum temporis hujus definiamus. Quod potissimum accidit in operibus faciendis, et omni loco quo quid præstari debeat, sive aperta conventione, ut cum quid certo loco dari stipulamur; sive rei natura, ut cum stipulamur fundum, quem necesse est suo loco tradi. Nam opus promissum alii celerius perficere possunt, et solent, alii tardius. Et in loca constituta alii pervenire maturius, alii lentius. Inde quæritur, quodnam spatium operi faciendo, et itineri emetiendo statuendum sit, ut eo tempore exacto agi possit secundum jus supra scriptum. Et modus utrique rei constitutus est, quem sequamur in *L. continuus*, 137. §. [3] *cum ita*, §. [4] *item quia insulam*, *D. de verb. obl.* unde petendum est.

CAP.

2) Cujac. *ad d. L.* 41. tametsi Tiraq. *ad L. boves* 89. §. 1. *de V. S. n.* 21. principalem rationem ex *d.* §. 1. sumendam putet.

3) Judici nimirum id definiendum, consideratis circumstantiis personæ, temporis etc. vid. Menoch. *de Arb. C.* 3. *n.* 2. Gœd. *de Contr. sip. C.* 8. *Concl.* 6. *n.* 130. Hortens. *ad L.* 4. *de eo quod cer. loc.* Et hic quoque considerationem temporis ac dinumerationem itineris, quæ in *L.* 3. *de V. S.* attendi debere, vult Gœd. *ad d. L.* 3. *n.* 16. *et seq.*

4) Vid. Rob. 1. *Animadv.* 17. Cujac. 1. *not. Marc.* 17.

C A P. XI.

Conditio quid sit: Quæ conventiones sub conditione

I. HOc jure posito, inducitur quæstio de re ipsa, de qua id jus constitutum est. Constituitur hoc jus de conditione. Quærendum quid sit conditio. Constituitur de contractibus, qui sint sub conditione. Cognoscendum, quinam hi sub conditione. Conditionis vis hæc statuitur, ut ea non impleta nihil debeatur: si impleta sit, tum certum esse incipiat deberi. Et hic locus postulat, ut quando impleta sit, aut non impleta conditio, cognoscatur. De quibus dicam breviter eodem ordine. Quid sit conditio, scripsimus abunde supra *Lib.* 8. *Cap.* 30. Tantum hoc loco id teneri oportet, sine quo sequentia facile intelligi non possunt. Meminerimus igitur, conditionem esse orationem et adjectionem omnem, qua ejus quod fieri, et in alium conferri volumus præstatio in aliquem casum suspenditur hoc modo, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, cujus eventus sit incertus. Veluti; dabis, si navis venerit ex Asia; si Titius consul factus fuerit; si in Capitolium ascendero; si illam uxorem duxero: aut contra si quid eorum factum non erit. Descriptio pene expressa in §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* Observemus hac definitione ad conditionem efficiendam duo desiderari: dilationem, et casum. Principio nulla conditio est, nisi quæ rem in futurum tempus differt. *L. itaque*, 39. *D. si cert. pet.* Unde quæ conditiones in præsens aut præteritum tempus conferuntur, verbo conditiones dicuntur, quia figuram conditionis habent, ut figura conditionis nominatur in *L. Cornelius*, 69. *D. de her. inst.* re vera conditiones non sunt, quia rem non differunt. §. *conditiones*, *Inst. de verb. obl. L. cum ad præsens D. si cert. pet.* Ubi de hoc genere fusius scripsimus.

II. Sed dilatio in futurum communis cum conventione in diem. Illud proprium [1] conditionis, ut res differatur in casum, id est in eventum aliquem incertum. Quo loco monendi sumus, incertum eventum in contracti-

1) Pendente conditione substantia contractus et effectus in pendenti est *L.* 213. *de V. S. L.* 13. §. *pen. de pignor.* ibi *cum nihil interim debetur. L.* 43. §. *pen. de ædil. ed. L.* 19. *pr. de const. pec. L.* 16. §. *pen. de fidei.* Qui textus, ut alios minus claros prætercam, quos adducit Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 28. clarissime probant obligationem non præsentem esse, sed in suspenso. Ex conditionali enim stipulatione tantum spes est debitum iri §. 4. *I. h. t. de V. O.* Unde Briss. *Lib.* 2. *de solut. Cap. de Novat. pag.* 586. ridet eos, qui hinc præsentem obligationem nasci tentant, moti *L.* 26. *de stip. serv.* ut fere Cujac. 25. *Obs.* 19. scribens stipulationis conditionalis diem cedere statim, atque concepta est stipulatio: quod tamen ita vult intelligi, ut dies statim cedat, non simpliciter *L.* 213. *de U. S.* sed cum adjuncto, nempe sub conditione, ut statim debeatur sub conditione, et in heredem transmittatur obligatio conditionalis. Sed *ad d. L.* 26. resp. Joach. Hopperius *Lib.* 2. *πειθανῶν pag.* 45. ex præsenti vires accipere, ut concepta quidem intelligatur obligatio sed nondum nata, neque actione sua adaucta, vid. et Pac. 7. Q. 36 Hortens. *ad L.* 13. §. *pen. de pig.* Facit *L.* 78. *de V. O.* Sane contractus conditionalis vere non perfectus, antequam existat conditio: *d. L.* 43. §. *pen. de æd. ed.* aliqua tamen ratione perfectus dici potest. Vid. Tiraq. *dd. Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 10. *n.* 45. Nec enim pendente conditione licet alteri, invito altero, a conventione abire. Agi autem ante eventum conditionis plane nequit, ut actio ipso jure non teneat *d. L.* 43. §. *pen. et simil.* et arg. a fortiori ex iis, quæ notata sunt hujus *Lib. sup. C.* 8. *N.* 4. In quo errat Gœd. *ad L.* 12. *Pr. de V. S. n.* 11. putans hic actionem repelli per exceptionem modo momentaneam et dilatoriam, si condito omnimodo exstitura (quæ tamen proprie hic nulla: vid. *N. seq.*) modo ea quæ vim perpetuæ exceptionis habeat si eventus condi-

ctibus intelligere nos eum, qui plane sit incertus: eum autem esse, de quo incertum sit, an exstiturus sit, necne: ut si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus fuerit, si Capitolium ascenderis. Quod si certum erit exstiturum esse, quamvis incertum sit, quando exsistat: tamen pro conditione non habetur. Denique res conditione non suspenditur, sed mora: Veluti, si stipuler mihi dari, si moriar, aut si morieris, aut si Titius morietur. *L. quod si ea*, 18. *D. de cond. ind.* Neque aliam significationem habet, quod ita definit Ulpianus in *L. si pupillus*, 9. §. 1. *D. de novat.* qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari. Si pure, non est utique stipulatio sub conditione. Sed ait stipulatum videri, quia re vera qui ita stipulatur, non stipulatur pure per omnia: sed hactenus solum, ut certum sit aliquando debitum iri. Cæterum stipulatio est in diem mortis, ante quem conventio prohibet quidquam peti. Alia caussa est legati in mortem heredis, aut alterius collati. Sed de eo mox in die incerto plura.

III. Jam quando conventioni insit conditio videamus. Id autem ita deprehendemus. Inest ita conventioni conditio, ut aut inducatur verbis, aut sine verbis sua sponte inesse intelligatur.

IV. Inducitur verbis dupliciter. Aut enim verbis exprimitur, aut significatur. Exprimitur, expressa figura conditionis, quæ hæc est, si quid factum fuerit aut non fuerit. Veluti si navis ex Asia venerit, aut non venerit, si Titius consul factus fuerit, aut non fuerit. §. *sub conditione*, *Inst. de verbor obligat. L. si Titio*, *D. quand. di. leg. ced.* Quapropter et verbis expressam conditionem intelligemus, quæcumque verba hujus particulæ, si, vim habent, quibus quidem res in futurum aliquem eventum differatur. Ut sunt, nisi, sive, dummodo, alioqui, alias. Nam nisi valet si non: Ut decem dabis, nisi in Capitolium ascenderis, valet, si non ascenderis, dabis. Sive valet, si vel. Itaque nemo dubitat, quin hæc stipulatio sit conditionalis, sive navis ex Asia venerit, sive Titius consul factus fuerit; et quoniam disjunctiva est, placet utra prius conditio exstiterit, committi stipulationem. *L. si quis*, 63. *D. de verb. obl.* Dummodo Capitolium ascenderis, idem valet, quod si modo Capitolium ascenderis. Alioqui, alias, hoc significant, si quid eorum quæ prius diximus, factum non erit. Quæ cognitio verborum non est Jurisconsulti: sed a Grammaticis petenda est. Sed et his verbis exprimitur conditio, cum exigimus, ut prius quid fiat, sic deinde jubemus sequi id, quod in aliquem conferre volumus ut dabo decem: sic deinde Stichum dabis? aut, sic deinde Stichum manumittes? Nam et in testamento si testator ita scripserit: Stichus decem Titio, dato, sic deinde liber esto: vel Titius Stichum manumittito, sic deinde heres esto. Placet et illic manumissionem Stichi esse sub conditione, si decem Titio dederit, et hic heredis institutionem sub conditione, si Stichum manumiserit. *L. servus decem*, 68. *D. de sol. L. si peculium*, 22. in pr. et §. *is cui*, *D. de statul. L. mulier*, 20. §. *pen. D. de cond. inst.* Utrumque ideo, quia hoc ordine rerum faciendarum constituto definitio conditionis expressa est. Definitio autem est res ipsa. Nihil namque interest, utrum jubeam differri manumissionem aut institutionem in hos casus, ut des aut manumittas, prius quam locus sit manumissioni, aut heredis institutioni.

V. Verbis non expressa conditio, verbis significatur tamen duabus rebus, [2] die incerto, et demonstratione rei promissæ in futurum collata.

VI. Dies incertus conditionem facit. Veluti, si ita stipuler; dabis, cum navis ex Asia venerit? cum Titius quatuordecim annorum factus erit? Inest enim hæc conditio, si navis ex Asia venerit; si Titius pubes factus erit. Hoc quidem in testamento, ut legatis et fideicommissis, certum jus est, ut declaratur in *L. si Titio D. quand. di. leg. ced.* Unde et generale illud, dies incertus conditionem in testamento facit. *L. dies*, 75. *D. de cond.* et *dem.* Sed non minus et in stipulationibus atque conventionibus idem optinet. De his enim scriptum est, quod dicitur in *L. quodcumque*, 45. §. *pen. D. de verbor. obligat.* inter hæc nihil interesse, cum veneris,

tionis incertus. Ac ne quidem ita ut solvatur vel præstetur quod est in obligatione, si conditio exstiterit. Tiraq. *d.* §. 1. *Gl.* 2. *n.* 22. tametsi Gomez 2. *Resol.* 11. *n.* 25. velit, si pendente judicio eveniat conditio, posse debitorem condemnari. Creditor quidem accipitur et cui sub conditione debetur *L.* 12. *de V. S. L.* 42. *pr. de O. et A.* non tamen proprie, ceu volunt Vacon. 3. *Declar.* 45. *n.* 8. *et seqq.* A. Fab. 15. *Conject.* 6. *pag.* 182. Sed minus proprie Gomez. *Resol.* 11. *n.* 28. Fachinæ. 11. *Contr.* 74. quia spes debendi, quæ ad heredem transit, facit ut debitor videatur. Nam si mortuo creditore conditio exstiterit, necesse est ut ante conditionis eventum debitum videatur, ne alias actiones ab herede cœpisse, contra juris veteris rationem, dicendum sit, Hortens. *ad L.* 13. §. *pen. de pig.* Aliter Hopp. *Li.* 2. *πειθανῶν p.* 41. conditionalem promissorem revera debitorem non haberi sentiens, ob odium minuendum, contra eum qui stipulatus, ita et creditorem dici ob favorem ampliandum.

2) Idem est si certa dies per se, sed super re, ad heredes non transitoria. Ex. gr. Si Titio ex Calendis Januariis promisero usumfructum per *L.* 1. §. *ult. v. ult. Quand. us. leg. cred.* quia hic in incertum æque eventum differtur obligatio, quæ expirat si ante Cal. Januar. moriatur Titius, Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 21.

ris, aut si veneris: si morieris, aut cum morieris. Et certe cum de diei incerti vi et potestate hic quæratur: non potest hæc esse alia in conventionibus, alia in testamentis, quandiu utrobique idem tempus eademque verba proponentur.

VII. Sane quod de conditione ante diximus, si hæc omnimodo exstitura sit, eam in conventionibus pro conditione non haberi: id multo magis in die incerto inesse intelligendum est, ut si certum sit hunc venturum: non habeat in se conditionem in conventionibus; sed moram his et dilationem solum adferat, qualis esse solet in conventionibus, quæ sunt in diem. Ac talis est dies mortis cujusque, in quem præstatio ex conventione collata est. Quod non ita est in testamentis. Nam etsi testator ita leget, heres meus cum morietur, Titio decem dato, legatum conditionale est: et si legatarius ante decesserit, legatum ad heredem ejus non transit, ut fit, quoties legatarius pendente conditione decedit. *L.* 1. §. 1. *D. de cond. et dem. L.* 5. *quan. di. leg. ced.* Contra si ita stipuler, decem mihi dari cum moriar, aut cum morieris: placet [3] in diem esse, non [4] sub conditione. Unde eveniat: ut quanvis ante diem mortis peti nihil possit: tamen et ipse interim recte solvas, et ultro solutum quanvis per errorem, repetere non possis. *L. sub conditione*, in fin. *L. nam si cum, seq. L. qui promisit, D. de cond ind.* Quorum neutrum futurum esset, si vere esset dies incertus, et is qui conditionem faceret. *L. stipulatio ista*, 38. §. *inter*, *D. de verb. obl.* Quidni vero hic dies mortis stipulationi adjectus conditionalem stipulationem non faciat, cum etsi conditio hæc expressa esset, dabis si moriar, dabis si Titius morietur, tamen nihilomagis stipulatio futura esset conditionalis? *L. quod si ea*, 18. *D. de cond. ind.* Non enim majorem vim habere potest intellecta conditio, quam expressa. Ex hac distinctione est illa definitio superior, diem incertum conditionem facere in testamento. Cur enim adjicitur in testamento, quia non idem jus est extra testamentum, puta in conventionibus. Sed hactenus non idem, quod in testamento omnis dies incertus conditionem facit, sive hunc venturum esse incertum sit; sive incertum, quando sit venturus. Unde illa generalis definitio superior ad testamentum collata: in conventionibus autem non item: in quibus posterior conditionem non habet, solus prior habet, scilicet, ut prius quam is dies venerit, nihil debeatur: hoc amplius si certum fiat eum venturum deinceps non esse; certum quoque esse incipiat nihil ne in posterum quidem deberi posse. *d. L. quodcumque*, §. *pen. D. de verb. obl.*

VIII. Ergo unum genus diei incerti hic exceptum est, cum petiero, ut in hac stipulatione, decem, cum petiero, dare spondes? Et hunc locum memini nos etiam attigisse *supra Lib.* 8. *Cap.* 31. Sed non putavi reprehendendum, si quod illic a me de conventione ut inter legata brevius dictum erat, hoc loco dicerem paulo explicatius, ne quid in eo requiratur. Quod et in sequentibus membris moderate faciam. Habet igitur hæc quidem stipulatio diem vere incertum, cum tam fieri possit: ne petam, quam ut petam. Placuit tamen stipulationem conditionem non habere: ut quanvis nunquam petierim, atque ita decedam, nihilominus tamen debeatur heredibus meis; quia non videatur defecisse conditio; quæ nulla inerat. *L. si decem cum petiero*, 48. *D. de verb. obl.* Interpretatio sumpta ex mente contrahentium. Mens intellecta non obscure ex fine hujus adjectionis conditioni contrario. Omnis enim conditio adjicitur, ut differatur obligationis præstatio in casum. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* At hæc adjectio, cum petiero, huc spectat, ut præstatio repræsentetur. Hanc enim vim habet, ut statim solvas cum petam, et sine mora, ut est in *d. L. si decem.* Quare si contraria sunt repræsentandæ præstationis caussa aliquid adjici, et adjici præstationis differendæ caussa, stipulatio conditionalis esse non potest. Et tamen si ita stipuler, decem, si petiero, dabis? stipulatio erit conditionalis, uti et ejusmodi legatum, Titio si voluerit, do lego; ut

3) Diss. Gœd. vid. *N.* 4. et Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 21. volens obligationem hic ante diem mortis non oriri per *L. un. C. Ut act. ab hered.* quæ hoc non probat. Loquitur enim de stipulatione non in diem mortis collata, sed post mortem. Consentit Cujac. 18. *Obs.* 2. *circ. fin.* Qui tamen male, *ibid. et* 13. *Obs.* 20. generatim diem incertum non esse conditionem in contractibus et promissione statuit. Quin imo si effectum intuemur, nullum inter legata et stipulationes hac in re discrimen. Utrobique purus actus, quando certum est effectum cum sortiturum: conditionalis, quando dubium. Nam quod haec ex. gr. *Heres Titio, cum morietur Sejus*, 100. *dato*, in testamento conditionem efficiunt, id inde est, quia dubium an Titius præmoriturus, et sic non est certum an legatum effectum sit habiturum. In contractibus autem semper certum est, quia etsi moriatur stipulator ante promissorem, debetur tamen ejus heredi.

4) Atqui et hæc vocatur conditio *d. L.* 18. *L. conditionales* 54. *de V. S.* in verbis *est autem competitura.* Resp. Vocatur ratione conceptionis, quia orationis figura se ad instar conventionis habet. Sicuti et conditio in præteritum relata dicitur *L.* 100. *h. t.* et ad præsens tempus collata *L.* 37. *de reb. cred.* quæ tamen minime sunt conditiones, nec earum effectum habent *dd. LL.* Gœd. *de Contr. stip. C.* 8. *Concl.* 7. *n.* 157. qui tamen *ad L.* 1. *de V. S. n.* 17. eventus necessitate, reique futuræ veritate conditionis effectum non impediri scribit. Quod quomodo ex *L.* 45. §. 3. *h. t.* eliciatur non video. Neque enim quia nihil interesse dicitur illic inter *si morieris et cum morieris*: idcirco vera conditionalis obligatio his formulis induci asseritur. Minus ad rem facit *L.* 48. *de cond. ind.* immo ad hoc cassa nuce inanior. At *L.* 40. §. 2. *de cond. et dem.* de ultimis voluntatibus loquitur, in quibus nonnihil diversum esse noster agnoscit: vid. *N.* 4.

ut sive ego non petam, sive Titius non dixerit se velle, conditio deficiat, nec quidquam ad heredes nostros transeat. De legato expressum in *L. si ita expressum*, *D. de cond. et dem.* De stipulatione satis argumenti est ex legati exemplo, ubi eadem conditio expressa est. Sed et id colligitur satis aperte ex *d. L. si decem*, *de verbor. obligat.* Differentiæ ratio non est intellectu difficilis. Nam hæc verba, si petiero, aperte conditionem expressam, [5] habent. Cujus igitur rei caussa adjiciatur, nisi conditionis? In re certa non est locus conjecturis. *L. continuus*, 137. §. *cum ita*, in fin. *D. de verb. obl.* Et in aperta significatione verbis standum est. *L. non est ferendus*, *D. de trans. L. quidquid*, 99. in pr. *D. de verb. obl. arg. in L.* 1. §. *licet*, in fin. *D. de exercit.* Hæc autem verba, cum petiero, cum non habeant apertam conditionem, ambiguitati locum faciunt, quæ admissa conjectura voluntatis ex mente contrahentium explicanda est. Quæ sit autem in his verbis mens contrahentium, supra ostendimus. In cæteris diebus incertis hoc tenebimus, etiam in conventionibus diem incertum conditionem facere: dummodo diem incertum intelligamus eum, quem dixi, qui vere sit incertus, idest de quo sit incertum, utrum venturus sit, necne.

IX. Sed meminerimus ita hunc diem conditionem habere, ut eo significetur conditio, non exprimatur. Exprimitur enim hic tempus, sed per tempus demonstratur conditio; ut contra conditione expressa per conditionem demonstretur tempus, ut est in *d. L. si Titio*, *D. quand. di. leg. ced.* Hoc moneri eo spectat, non ut putemus utrobique non eandem esse conditionem (est enim utrobique eadem ut ibidem traditur) sed ut si qua conditio jure prohibetur adjici conventioni, sciamus hac expressa vitiari conventionem: die autem incerto posito non vitiari, quanvis eandem conditionem in se habeat: tantum ideo quia verbis tegatur conditio, non autem exprimatur. Idque juxta regulam juris, Expressa nocent, non expressa non nocent. quanvis eandem significationem habeant quam haberent expressa. *L. expressa*, *D. de reg. jur. L. nonnunquam*, 52. *D. de cond. et dem. L. si quis Sempronium*, 68. *D. de her. inst.* Hinc est illud Pauli in *L. centesimis*, 46. §. *ult. D. de verb. obl.* hanc stipulationem, si volueris, dabis? inutilem esse. At illam esse inutilem, dabis cum volueris? dummodo antequam moriaris, constituas. Atqui in his verbis, cum volueris, diximus inesse eandem conditionem. Et inest re vera; non enim constitues petere, nisi si volueris. Sed, ut dixi, significatur tantum, non exprimitur. Expressa nocent, non expressa non nocent. Ergo quod ante diximus inter hæc nihil interesse, cum morieris, et si morieris; cum veneris, et si veneris; et scriptum est in *d. L. quodcumque*, 45. §. *pen. de verb. obl.* verissime in universum dicitur; quia ut in utraque conceptione harum adjectionum inest eadem conditio: ita et ea quam jus adjici non vetat. Ad has autem species non pertinet, cum volueris, et si volueris. Inest enim in utraque scriptura conditio: sed hoc interest, quod illa utiliter adjicitur, hæc inutiliter. Aut si illud generaliter accipi volumus, quasi nihil intersit inter conditionem, et tempus incertum: id sic interpretandum erit, ut nihil intersit ad conditionem faciendam; non etiam ad vim, et inutilitatem stipulationis, quæ nascatur ex eo, quod aperta conditio exprimatur, intellecta non exprimatur.

X. Postquam dies incertus in conventionibus quoque conditionem facit, etiam illud cognoscendum est, quæ orationes diem incertum habeant, ut liceat una etiam ex eo deprehendere conditionem. Sed de eo satis diximus in argumento legatorum. *Lib.* 8. *Cap.* 31. Tantum adjiciam his, quæ de ablativis absolute positis illic scripsimus, non hos solum diem incertum habere, in quem resolvantur, ac per diem conditionem si sint participia, ut in illis formulis, Evictis prædiis pretium restitues. *L. evictis*, 18. *D. de usur.* Acceptis a Titio centum hereditatem illi restituas, *L. a testatore*, 15. *D. de cond. et dem.* Stichus redditis rationibus liber esto: *L. qui libertatis*, 69. §. *servus*, *D. de evict.* Sed etiam eodem exemplo obtinere in nominibus eadem forma enuntiatis. Hinc placet stipulationem hanc conditionalem esse, fundum illum arbitratu Lucii Titii restitues? ut sit sententia, cum Titius arbitrabitur, et prout arbitrabitur. In quo inest etiam hæc conditio, si Titius arbitrabitur. Quæ res facit, ut illo non arbitrante tanquam deficiente conditione restituere nihil debeas. *L. si quis arbitratu*, 43. *D. de verb. obl.*

XI. Etiam demonstratione rei promissæ significatur conditio, quoties demonstratio in fu-

5) Covar. *d. n.* 6. Hæc formula principaliter conditionem habet, quæ non solum ex potestate nostra, sed et ex sola voluntatis declaratione pendet, idcoque ad heredem non transmittitur, quia voluntas ante mortem declaranda, nec per alium explicari potest, et ante mortem non petendo ab obligatione recedere voluisse censetur: et Duar. *in Scævola n.* 15. diss. Connan. 6. *Comm.* 5. *n.* 11.

futurum collata est. Ut, si ita stipuler, Stichum qui illo anno tuus erit, dare spondes? conditio hæc est, si illo anno tuus erit: ut sive illum manumiseris, sive alienaris, non debeas. Hoc in hujusmodi legato pro jure certo receptum est a veteribus adversus Labeonis sententiam. *L.* 6. *D. de leg.* 1. *L. nuper*, 85. in fin. *D. de leg.* 3. Quod quale esset, et quam recte probatum, ostendimus pluribus in eodem illo *Cap.* 31. *Lib.* 8. Sed ne ad legata solum pertinere putemus: non minus idem, ac potius idem multo magis in conventionibus recipiendum est: in quibus hic debitoris sensus est, et servatur generaliter, ut quam minimum debeatur. *L. semper in stipulationibus*, *L. semper in obscuris*, *D. de reg. jur.* Ne tamen res exemplis egeat, pauca ex genere conventionum proponam, in quibus responsi ratio, quod veteres in his reddiderunt, non aliunde, quam ex superiore demonstrationis interpretatione ducitur; cum alioqui conventiones propositæ in speciem conditionem nullam habere viderentur. Ergo ex hoc fonte est, quod placet hanc stipulationem conditionalem esse, Quanto minus a Titio debitore meo consequi potero, tantum de eo debito dare spondes? Hæc conditio intelligitur, si quid a Titio consequi non potero, ut quandiu aliquid consequi possum, interim nihil debeas, quia pendeat adhuc conditio stipulationis: neque tamen prius desinas teneri, quam constiterit me ab eo consequi nihil posse. Cum autem fuero consecutus, tum dici debeat te plane non teneri stipulatione, cujus conditio defecerit, non autem liberari, quia nihil ante debueris. Quæ caussa fuit Paulo, cur notaret Papinianum, quod in hac specie ille scripsisset, si totum fuero a debitore meo consecutus te liberari, cum dicere deberet, te non teneri. Non enim liberetur, nisi qui ante debuerit. Quod de te in hac specie dici non potest, in qua promissionis tuæ conditio defecerit. Hæc sententia est *L. decem*, 116. *D. de verb. obl.* Ex eadem re et hæc stipulatio conditionalis, quod patrem tuum mihi debere constiterit, dare spondes? quæ stipulatio a Scævola sic accepta est, ut sit, quod pater debet, si eum debere constiterit. *L. qui Romæ*, 122. §. *Agerius*, *D. de verbor. obligat.* Nec dubium est quin ex eadem caussa sit, quod placuit emptionem olei, vini, tritici, et similium rerum, item gregis, sub conditione contractam videri, quoties res istas emimus ita, ut pretium statuatur in singulas mensuras ejus, quod admensum erit; in singula pondera ejus, quod appensum erit; in singula capita, quæ in grege inventa et adnumerata erunt. Hujus quidem generis emptionem omnem constat placere veteribus contractam videri sub conditione, si hæ res admensæ, appensæ, adnumeratæ fuerint. Ideo priusquam hæc facta sint, periculum esse venditoris, non emptoris, ut accidit in emptionibus nondum perfectis, puta conditionalibus. *D. quod sæpe* 35. [6] §. *in his*, §. *pen. D. de contr. empt.* Sed unde hoc sumptum, cum nulla ejusmodi conditio exprimatur? Ex demonstratione videlicet in futurum concepta, de qua diximus. Hic enim venditum est, quod admensum, quod appensum, quod numeratum erit. Perpetuum hoc est, demonstrationes hujusmodi ex futuro sumptas conditionem facere. Sed meminerimus hic idem, quod supra in die diximus, nimirum hujusmodi demonstratione non fieri conditionem quæ exprimatur, sed conditionem quæ significetur, non exprimatur, ut certe non exprimi apparet. *L.* 1. in fin. *D. de cond. et dem.* Hæc res faciet ut quanvis expressa conditione inutiliter ista stipuler, Stichum illo anno si voles, dabis: *L. sub hac*, *D. de obl. et act.* Tamen hæc stipulatio sit utilis, Stichum quem illo anno dare voles? Atqui utrobique eadem inest conditio, si voles, *d. L. si Titio*, *quand. di. leg. ced.* Sed in hac posteriore stipulatione significatur tantum conditio, non exprimitur. Expressa nocent, non expressa non nocent: similiter ut in illis stipulationibus accidere diximus, dabis si volueris; et dabis, cum volueris, *d. L. centesimis*, 46 §. *ult. D. de verb. obl.*

XII. Hæc de verbis, quibus conditio inducitur. Est, ut dixi, cum sine verbis conditio insit conventioni sua sponte, ut nec exprimatur verbis, nec significetur. Id accidit aut ex natura rei promissæ, aut ex persona stipulantis

XIII. Ex natura rei promissæ, cum ea res promissa est, quæ nondum est in rerum natu-

6) Et hic igitur periculum ante contingens ed emptorem non pertinet *L.* 1. §. 1. *L.* 4. *pr. de peric. et comm.* Rauch. *P.* 1. *Q.* 21. *n.* 4. *et* 5. Cato *Lib.* 2. *de Rust. C.* 2. Nec cum id factum est, tamen grex dominium mutavit nisi est adnumeratum, ref. Hieron. Mag. 4. *Misc.* 5. Et ratio est quia ante mensuram non est certa emptio. Prius enim vinum ex. gr. reliquo vino commistum, illiusque vase inclusum. Nam si dolium capiebat 100. amphoras, ex his 50. tibi venditæ, antequam admetiuntur nihil est quod emptum possis dicere, nihil quod a non venditis separatum, Connan. 7. *Com.* 10. *n.* 2. At si venditoris periculum ante admetiendi diem, quomodo is custodiam præstat, *L.* 2. §. 1. *de peric.* in re sua et sui periculi! Connan. *d. loc. n.* 3. valde hic conturbari Accursium scribit. Ipse tandem ita se expedit, periculum ita venditoris esse, ut siquidem sine culpa contigerit amittat et vinum, et pretium vini: sin ex culpa præterea teneatur emptori quanti ejus interest vinum habuisse.

tura; utrum autem postea futura sit, necne, ex incerto eventu futuro pendet. Hic enim natura rerum hanc conditionem injicit, si illæ nascantur, si evenient, ut esse incipiant. Hujus generis res sunt: quod ex re aliqua nascetur, operæ officiales, dos. Quod nascetur, ut fructus fundi, pecorum fœtus, ancillarum partus. Si fructus illius fundi sim stipulatus, habet stipulatio dilationem, dum fructus nascentur, ut est in *L. interdum*, 73. *D. de verbor. obligat.* Sed quam dilationem; utrum diem, an conditionem? Placet conditionem esse, non diem. *L.* 1. §. *ult. D. de cond. et dem.* Quod eam vim habet, ut si promissor pendentibus fructibus æstimationem offerat creditori, non potest solvere invito, quanvis fundus sit alienus. Et contra si æstimationem volenti solverit, possit repetere quod dedit per id tempus, quo sub conditione debebatur. *L. stipulatio ista*, 38. §. *inter, D. de verb. obl.* Quorum utrumque contra eveniret, si diceremus in fructibus promissis inesse tantum diem, non conditionem, et nondum natis fructibus aliquid horum factum esset. *L. in diem*, *L. qui promisit*, *D. de cond. ind.* Sed et fructibus non natis, tanquam deficiente stipulationis conditione, nihil debetur. Operas officiales cum promittit libertus patrono, etiamsi verbis pure promittit., tamen inest hæc conditio, cum patronus poposcerit, seu cum[7] indictæ fuerint, ut nec ante eorum dies cedat. *L. cum patronus*, 22. in pr. *D. de op. lib. d. L. interdum*, 73. vers. *item si operas*, *D. verbor. obligat.* Accidit hoc ex natura rei promissæ, ut declaratur in *d. L. patronus.* Ut enim operæ sunt duorum officium: *L.* 1. *D. de op. lib.* ita operarum editio nihil aliud, quam officii præstatio. Non prius autem officium esse incipit, quam patronus ostendit sibi quid effici velle, sibi hoc officium placere, et ut est in *d. L. cum patronus.* Absurdum est credere, alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui præstandum est. Dotis eadem caussa est. Centum aureos sponso si quis promiserit simpliciter dotis nomine. Stipulatio habet in se conditionem hanc, si nuptiæ fuerint secutæ. *L. stipulationem*, 21. *D. de jur. dot.* nempe ex natura dotis, cujus hæc conditio est, ut sine matrimonio esse non possit. *L.* 3. *D. eod.*

XIV. Ex conditione personæ stipulantis inest conditio, cum servus stipulatur, qui dominum, cujus petitio esse possit, non habet. Is autem est servus, vel cujus dominus apud hostes est, vel hereditarius. Ex quibus prior si quid stipulatus fuerit, intelligitur stipulatus sub conditione si dominus ab hostibus redierit, aut apud hostes decesserit: posterior sub conditione, si quis exstiterit. Significantur hæc in *d. L. interdum*, §. 1. *de verb. obl.* Ducuntur autem ex persona servi. Nam servus conditione personæ ex persona tantum domini stipulandi jus habet. *Inst. de stip. servor.* Cui consequens est, ut utiliter solum stipuletur, qui dominum habet: inutiliter is, qui non habet; et si pendet, an habeat, necne, ita stipuletur ut insit hæc conditio, si dominum habere cœperit. At is cujus dominus est apud hostes, interim dominum certum non habet; quem autem habiturus sit postea, in suspenso est. Nam si dominus redeat ab hostibus, hunc semper dominum habuissse servus intelligitur: si decedat apud hostes, intelligitur servus retroversus eos dominos habuisse, qui defuncto sunt heredes, quasi captivus eo momento quo captus est, in civitate decessisset. §. *si ab hostibus*, *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.* Interim res in suspenso est. Quæ incertitudo ex casu pendens conditionem habet. Servus autem hereditarius etsi jure hereditatem dominam habet, eoque et quidquid stipulatur, ei acquirit: *L. hereditas in multis*, *D. de acq. rer. dom. Inst. de stip. servor.* in pr. tamen non habet eam dominam, in qua possit obligatio esse efficax vel ad petendum quid ex stipulatione, vel ad retinendum. Unde pendet promissio et obligatio efficax in id tempus, cum heredem habere cœperit, qui possit obligationem ad rem conferre.

7) *L.* 13. §. 2. *eod.* Gœd. *de Contr. stip. C.* 8. *n.* 140. *et seq.* ubi contra quam Donellus noster *ad L.* 41. §. 1. *h. t. n.* 27. nullum in eo discrimen esse inter operas officiales seu incertas et fabriles, seu certas statuit. Male autem idem *d. C.* 8. *n.* 168. hic verba *cum petiero* vim conditionis habere *d. L.* 22. *præscr.* contra quam regulariter *L.* 48. *h. t.* vid. *Conc. ad Tit. de V. O. L.* 48. *N.* 1. Nam nec si his verbis usus stipulans, conditio ex illis infertur, sed ex natura rei, ut hic noster.

CAP. XII.

Conditio conventioni injecta quid desideret, ut suo modo, et suo tempore rececte impleta intelligatur.

De implenda conditione iterum, et quare. In eo spectari modum et tempus. I.
De modo eadem omnia præcipi in contractibus, quæ in legatis. Illa huc revocanda exempla propria contractuum. II. III.
Contraria communia legatis, et alia propria contractuum diluuntur. IV. V. VI.
Conditione ad præscriptum verborum impleta, nil aliud quæritur ut reus ex conventione teneatur. VII.
In tempora conditionis implendæ contractus a legatis differunt, cum in faciendi, tum in non faciendi conditionibus. VIII.
Quæ differentia in priori genere. IX.
Quæ item in posteriore. X.
An utrobique conditiones impletæ dicantur, statim ac quis facere potuit, nec fecit; an vero cum adversus illas fieri non posse certum est. Quæ Sabini et quæ Papiniani sententia. XI.
Cum stipulatio conditionalis ab alia stipulatione incipit, obtinet Sabini Sententia: cum vero a conditione altera Papiniani probatur in conventionibus et legatis. XII.
Sed et opinio Sabini obtinet, in utrisque, cum stipulatio aut legatum incipit a conditione tribus in caussis. XIII.
1. *In stipulatione fidejussoria.* XIV.
2. *In obscura specie* L. 9. D. de V. O. XV.
3. *In manumissione testamentaria.* XVI.

I. Conditione posita, quando nihil ex conditionali conventione deberi potest, nisi impleta sit conditio; reliquum est in hoc genere, ut quomodo, et quando conditio quæque impleta intelligatur cognoscamus. In quo si congruerint omnia, quæ de implenda in legatis conditione supra scripsimus *Lib.* 8. *Cap.* 33. otiosum esset hic quidquam de hac parte in conventionibus adjicere, quod totum ex communibus illis præceptis, mutatis personis nullo negotio sumi posset. Nunc autem nonnulla hic discrepant, dum aliter voluntatem contrahentium, aliter testantium in conditione adjecta interpretamur. Quædam ita congruunt, ut tamen in contractibus non careat res justa dubitatione. Quamobrem utraque de caussa hæc quoque pars nobis hoc loco attingenda est, tum ut quæ discrepent, observentur: tum ab his quæ congruunt, omnis dubitatio amoveatur. Et si in universum dicendum est, idem hic quod in legatis definiemus, tum impletam conditionem intelligi, cum accidit id, quod in conditione positum erat. Quod quale sit, ex verbis et genere cujusque conditionis sumendum est: atque hoc ipsum quomodo faciendum, demonstratum a me pluribus eodem illo *Cap.* 33. *Lib.* 8. Illud adjiciendum est, quod et in legatis præcipimus, sic evenire debere, quod in conditione fuit, ut eveniat recte, et ut ad significationem conditionis oportet. Nam ut aliter quid factum sit, quam oportet, ut cæteris in rebus nihil valet *L. quoties, D. qui sat. cog.* ita ad conditionem implendam nihil prodest. Sunt autem in eo hæ cautiones, ut impleatur quæque conditio, quomodo oportet, et quo tempore oportet, prout conditio exigit: quorum alterum ad modum pertinet, alterum ad tempus rectæ implendæ conditionis. De quibus si statim constare posset ex verbis conditionis: sufficeret uno verbo rem ad ea remitti. Sed cum sit in singulis, quod propositis etiam verbis, et recte cognitis dubitetur tum in legatis, tum in contractibus: est hujus loci eximere omnem hanc dubitationem, et ostendere in universum, quid de utroque recte teneamus.

II. Et de modo implendæ conditionis omnia hic congruunt cum his, quæ de eadem re in legatis diximus: scilicet ut nec ali-

aliter impleatur conditio, quam si quod in ea erat, factum sit [1] ad formam præscriptumque verborum conditionis, quanvis aliter facientibus videatur res eandem vim, eumdemque effectum habere. Et contra cum id ita factum erit, videatur conditio recte impleta, ut fiat obligationi et præstationi locus. Et cætera ad hunc locum pertinentia ex illo *Cap.* 33. *Lib.* 8. petentur, ubi in hanc partem copiose disseruimus. Nunc ne in contractibus res exemplis aut probatione egeat, paucis agam. Sit ergo hæc stipulatio, si Titio fundum dedero, centum dabis? Nihil proficiam, si servo ejus dederim: quanvis in fundi acquisitione perinde hoc habeatur, quasi Titio domino dedissem, cum servo datum domino acquiratur. §. *item nobis*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* Et e converso, si sit hæc conditio, si Sticho servo Titii dedero, domino ejus dando nihil agam. Ubi tamen constat, rem hoc modo eumdem effectum habituram. Nam etsi dedissem Sticho, non alius esset exitus, quam ut domino acquireretur. Hæc in legato sub hujusmodi conditionibus relicto diserte scripta sunt in *d. L. qui heredi*, in pr. *de cond. et dem.* Sciamus igitur in conventionibus multo magis recipienda esse, cum alioqui in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. *L. in testamentis, D. de reg. jur.* Idem juris est in heredibus ejus, cujus in persona fieri quid ex conditione aut impleri debuit. Sit igitur eadem illa conditio, si Titio fundum dedero, centum dabis? Ipsi Titio recte dedero, dum vivit. Si viventi non obtuli, frustra eo mortuo dederim ejus heredibus: nec quanvis ultro acceperint, quidquam proderit ad implendam conditionem. Semper enim verum erit me Titio non dedisse. Ut autem Titio darem, nominatim conditio exigebat. Hoc responsum Scævolæ, cujus ratio nisi superiore definitione bene constituta explicari non potest, responsum, inquam, de hac stipulatione, quidquid patrem tuum debere constiterit, dare spondes? Nam cum mortuo tantum patre actum esset cum heredibus, et de debito probatum esset: tamen ita respondit ille, ut significaret conditionem in proposito defecisse, quanvis certum esset impletam esse in persona heredum patris, qui non potest quin debeant, si constet defunctum dum viveret debuisse. *L. qui Romæ*, 122. §. *Agerius*, *D. de verb. obl.* Cur ergo hic non impleta conditio? quia non est impleta in persona ejus, in cujus persona eam impleri oportuit ex verbis stipulationis. Patre enim mortuo in cujus personam conditio collata est, effici potest, ut constet illum debuisse, dum viveret: illud non potest, ut constet eum [2] debere si prius nunquam id constitit. Quia mortuus,

1) Conditiones juxta formam expressam (seu vulgo in forma specifica, vid. supra *Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 1.) et ad unguem observandæ, nec per æquipollens adimpleri debent *L.* 44. *pr. de cond. et dem. et simil.* Covar. *Pract. QQ. C.* 39. *n.* 1. *et* 3. Quod tamen post Duar. *in Scævola n.* 15. declarat *ibid. n.* 7. ut potior habeatur ratio sententiæ contrahentium et voluntatis, quæ regit conditiones, vid. *supra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 2. *et N.* 3. Ex mente igitur adjicientis posse impleri per æquipollens, ita si idem sequatur effectus per *L. ult. de cond. inst. L.* 3. *C. de inst. et subst.*

2) Ita Bart. Alex. Zas. et alii ref. Covar. *Pract. QQ. C.* 39. *n.* 5. Donellus noster *ad d. L.* 122. §. 4. et Hot. 1. *Obs.* 8. Conditio hic defecit, inquit, quia post mortem probavit creditor sibi deberi, non a mortuo *L.* 14. *de novat.* sed ab herede. Agerius autem promiserat, quod constitisset patrem debere, non quod heredem. Et Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 184. quia hæc conditio futuram liquidationem, non quamvis, sed quæ cum ipso patre conficeretur, respexit, quo mortuo, ad eum modum quem verba præscribunt, amplius impleri non potest. Quare ex horum, ut et nostri *ad d.* §. *Agerius* 4. *n.* 4. sententia *si* pro *quia*, conditio pro caussa accipienda. Nec enim rarum esse, ait noster *ibid. n.* 5. *ut in propositione intelligatur assumptio.* Si non exstitisset scilicet quod existimo et ex propositis liquet. Sic in *L.* 26. §. *ult. de pig.* Virgil. 1. *Georg.* Cic. *in top. et* 3. *Offic.* Sic *in L.* 28. *de novat.* Hot. *d. loc. et in L.* 4. *de in lit. Jur.* aliisque citatis a Gœd. *d. loc.* 178. *et p.* 191. ubi ipsum Scævolam sic usurpasse ostendit *L.* 47. §. 3. *de adm. tut. L.* 31. *de pig. L.* 20. *de auct. tut.* qui idem *ad L.* 1. *de V. S. n.* 17. *Si* pro *quia quamvis* et *autem* reperiri monstrat. Sed Connan. *Com.* 3. *n.* 9. hanc interpretationem, quod verba de patre concepta, de heredibus non sint accipienda, ineptam et falsam vocat, ut refelli non mereatur. Et Covar. *d. n.* 5. ceu meram hallucinationem fragilem, futilem, nec referri dignam, exagitat! Si his nugis, ait, locus, mille calumniæ et deceptiones contra bonam fidem admittuntur. Sane verborum hanc aucupationem esse, ICto indignam, ut vocat Duar. *in Scævola*, nec convenientem sententiæ contrahentium, sed eidem repugnantem potius, rem ratione secum putanti apparere puto. Hoc enim egit stipulans, ut quod patrem Agerii, sibi debere putabat, in idem Agerium sibi haberet obligatum; hoc egit et in id consensit Agerius, ut si probaretur debitum paternum, ejus nomine se obligaret. Quid igitur si vel continuo post hanc stipulationem, mora in probando seu liquidando debito a creditore nulla commissa, pater obierit. Subtilitate certe mera verborum nititur Agerius, si se ita tueatur nulla fidei conventionis, ejusque quod aperte contrahendo actum est ratione habita, itaque æquitate omni defectus. Æqui et boni major habenda ratio et voluntatis quæ regit conditiones, quam meri verborum rigoris. Quidni igitur forma servari dicatur, si ad eundem plane nec ullo modo diversum effectum conditio impleatur, ut recte Covar. *d. loc. n.* 7. Nam et conditionibus ex evidenti voluntate a verbis receditur *supra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 2. *et seqq.* Quid quod retrotractionem conditionis ad tempus contractus vulgo statuunt. Quod si ita esset (an sit vid. Don. noster *ad L.* 78. *D. de V. O. n.* 6. 7.) eveniret vi illius, ut posteaquam constitit mortuo patre eum debuisse, retro quoque tempore quo superest eum debere constitisse censeretur. At instabis ex Don. *ad d.* §. *Agerius n.* 2. Conditioni non satisfieri si aliud fiat quam verba exprimunt, etsi eundem effectum habeat *L.* 44. *pr. de cond. et dem.* Sed Duar. *in Scævola n.* 15. hoc non probari *d. L.* 44. ostendit. Nec omnino nihil referre, detur servo pecunia, an domino: tum quia semper tandiu naturaliter tenet, donec dominus ademerit; tum quia servo aliis modis id conducere possit ut liberalius a domino habeatur etc. idque spectasse censeatur servo dare jubens, quod nec noster diffitetur *supra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 8. Atqui dices cum Don. *d. n.* 2. hic quoque in re ipsa interest, vivo patre probetur debitum, an defuncto. Quid enim si pater exceptione pacti aliave tutus, quæ ab herede nescitur. A quibus non abludit Jasonis et Socini ratio relata a Covar. *d. n.* 7. quod mortuo patre non possit ita constare de quantitate debita, sicuti si viveret, fraudi probationis facilius occursurus. Quod refellit Covarruvias. Quia æque perfecte constare potest. Quid enim si testes adsint fidei probatæ, quid si libri rationum ipsius defuncti? Alias certe nulla statuetur contra heredes perfecta probatio nec *in d.* §. *Agerius* actum quibus modis constare debeat, an confessione ipsius vivi adhuc, sed generatim quicquid constiterit, quacunque probatione legitima. Adde quod ex facto proponitur *constitisse*, nulla igitur in probando fraus admissa. Nulla contra exactionem debiti perpetua exceptio fuit defuncto, nec enim vere diceretur debitum. *L. nihil interest* 112. *de R. I.* Falsa ergo illa DD. vulgata expositio, quod in specie *d.* §. *Agerius* conditio post mortem patris impleri nequeat, licet antiqui omnes teste Covarruvia in eo consentiant. Quæ etsi vera esset, male tamen interpretes loci ejus testimonio uterentur, cum de conditione potestativa ad heredem non transmittenda agunt, quia imo conditio *d.* §. *Si constiterit debere*, non est potestativa, sed vel casualis, ut Cujac. *ad L.* 57. *h. t.* vel quod verius est, mista. Et quia creditor qui

tuus, qui non est, debere nihil potest. De cujus responsi sententia, ratione, et æquitate si quis plura desiderat adversus ea quæ contra disseruntur a doctissimis hominibus plerisque, petere potest ex iis, quæ ad eum §. scripsimus.

III. Quod servatur in eo, in cujus persona conditio impleta est, id similiter servatur [3] in persona ejus cui faciendi aut dandi conditio est injuncta. Quod hæc exempla declarant. Nam si ita stipuler, dabis, si petiero; dabis si voluero? si prius decedam, quam pe-

implere debebat, in specie *d.* §. *Agerius* non mortuus, sed superstes. Nec confundenda hæc, sed accurate discernenda, quæ et diverso jure censentur, jus conditionis implendæ, ejusque transmissio ad heredes; et impletio in persona ejus, in quo implenda conditio. Quorum confusio præcipites egit, et in errores perduxit interpretes. Nam cum scribunt jus conditionis potestativæ implendæ non transire ad heredes, ita declarant, sive moriatur is qui implere debuit, sive is cum quo, seu in cujus persona implendum: tanquam utrobique transmissio spectari possit. In quo nimium quantum fallantur. Transmissio nec considerari potest, nisi in herede creditoris a quo implenda conditio: qui solus jus conditionis implendæ habere recte dicitur, quod ad heredes derivare possit. Impletio in persona alterius meri facti est. Nec ullum illi jus tribuit; siquidem conditio ponit, non disponit. Nec igitur est quod ad heredes transire possit, ne quidem si conditio mista, vel mere casualis; ut si Titius consul factus; si Cajus 14. annum attigerit. Nulla hic vel levissima dubitatio est, quin mortuo Titio, vel Cajo, Titii herede consule facto vel Caji herede pubere reddito, conditio non perficiatur; tametsi jus conditionis casualis et mistæ fatentibus DD. ad heredes creditoris transeat. Crasse igitur et supine dicetur, implementum conditionis non transire ad heredem ejus, cum quo implendum est; cum jus implendi soli ei competat, qui implere debet; non ei cum quo. Sed an cum alio, quam cum eo, quem conditio nominat, fieri possit quod in ea positum: in eo solum spectandum an isto modo formatum effectum sortiatur impletio: qui ipse non ex mera verborum aucupatione, sed voluntate et mente contrahentium æstimandus. Hinc jussus dare pupillo, potest non tantum, sed imo debet dare tutori *L.* 68. *de solut. etc.* Nec tamen ut ad §. *Agerius* redeam placet Cujacii interpretatio *ad L.* 57. *h. t.* verba illa Scævolæ responsi ad facti quæstionem referentis, ac si diceret: Si id actum fuit ut conditio impleretur vivo patre; nec ita impleta fuerit, stipulationem non commissam, etsi post mortem ejus impleretur. Nec enim respondisset ad quæsita, et incertiorem quam adierat dimisisset consulentem Scævola. Ac licet Cujacius dicat Scævolam in *h.* §. sumere quod est probabilius, verosimile esse id actum ut promissor teneatur, non si quocunque tempore, sed si vivo tantum patre debito constiterit, non tamen explicat unde probabilitas illa et verisimilitudo appareat. Minus placet quod Duarenus in Scævola vult, de jure tantum respondisse Scævolam, in eoque morem suum servasse qui ipsi solemnis, ut de facto quæsitus, de jure respondeat *L.* 93. §. *pen. de leg.* 3. *L.* 7. *de instr. leg. L.* 109. *de cond. et dem. et simil.* cum et quandoque responsionem neget, quia facti quæstio *L.* 20. §. *ult. de instr. leg.* Quæstiones enim facti ad ICtos non pertinere, in quibus status caussæ conjecturalis non juridicialis: quarum tractatio oratorum potius sit, quam ICtorum. De quibus cum quandoque agunt ICti, eo ipso illos ultra artis suæ terminos vagari, intra quos se semper Scævola continuerit. Et hic igitur Scævolam, an conditio exstiterit nec ne, quia facti quæstio, oratoribus disceptandum, prudenti ac usu perito judici dijudicandum reliquisse. Nam licet ad officium ICti primario facti quæstiones conjecturales non spectent, de quo et idem Duar 1. *Disp.* 41. et *ad Rub. C. de I. et fac. ign.* Aug. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via. ac rat. jur. C.* 2. *n.* 6. *et Lib.* 2. *C.* 9. *n.* 3. A. Fab. 1. *Jurispr.* I. *Princ.* 2. *Illat.* 7. quia, ait, eorum quæ in facto nulla ars. *L.* 2. *de I. et facti ign.* tamen cum ex facto jus oriatur, ad factum propositum respondere omnino eorum est muneris. Ipseque Scævola sæpe respondit adjecta conditione quæ factum respicit secundum ea quæ proponerentur, etc. Ex facti itaque certi nec intricati relatione par fuit de jure juxta eam respondere, jusque secundum proposita adoptare. Covar. *d. loc. n.* 5. Sed et Petri Stellæ solutio relata a Duar. et Covar. *dd.* locis censentis quæsitum Scævolam, antequam constaret de debito et vivo patre, quid juris sit, si contigerit patrem ante probationem debiti diem obire, debitumque post obitum probari: respondisse, *Si non exstitisset, etc.* ex contrario innuentem, si de debito constiterit; etsi mortuo patre, commissam stipulationem, recte reprobata ab iisdem, quia consultus Scævola de præsenti tempore. Et alias diceret *committendam* non *commissam*. Duæ supersunt aliorum sententiæ, utraque probabilis, sed posterior meo judicio, firmior I. Connan. 6. *Com.* 3. *n.* 9. et Eman. Soarez *in Annot. ad Gomez.* 2. *Res.* 11. *lit. T.* Promissio ejus, quod stipulatori alius debet, hanc conditionem, quæ sua sponte inest, habet, si stipulatoris interest, quia nihil, vel non solidum a primo creditore consequi potest *L.* 97. §. 1. *h. t.* et ut vulgo beneficium ordinis is promissor habet, ut nequeat conveniri nisi prius principali excusso cum juris effectu, pro fidejussore habeatur, Gail. 2. *Obs.* 28. *n.* 1. Hæc igitur in divisione Scævolæ in verbis *si conditio non extitisset* intelligitur conditio, non si patrem debere constitit, in stipulatione expressa: sed sub qua tacite, juris dispositione promissio facta censetur ex *d.* §. 1. Si a patre aut vero debitore consequi non possit stipulator. Quare quia heres ejusdem juris, cujus defunctus, si ab herede consequi possit creditur, quantumvis de debito constet: tamen stipulatio filiifamilias non committetur, quia illius conditio defecit. Sensus itaque hic erit. Tametsi, ut proponitur, tunc cum ageretur contra heredes Mævii de debito constitit; idque ab actore judicio probatum fuit; non tamen ideo omnimodo stipulatio, cum Agerio, commissa: sed ita demum, si sine effectu contra heredes actum, nec exactum debitum, vel eatenus, quatenus non exactum, et quatenus illi ad solvendum non idonei. Quod si Agerius ipse heres esset patri; teneretur quidem, sed ut heres, nec ex stipulatione sua, sed obligatione defuncti. Sed cum conditionis in genere et sine adjecto mentio fiat: probabilius est stipulationi insertam intelligi, nec omnino, absque ariolatione, dici potest, IC. Scævolam ad definitionem Celsi *d. L.* 47. §. 1. respexisse. Nec quia id non exprimeret, id intelligere promptum foret consulenti. Succedit itaque II. Eman. Constæ *Lib.* 2. *de Cond. C.* 33. ut refert Cov. *d.* 39. *n.* 5. interpretatio, qua verborum quoque proprietate servata, verus responso sensus constat. Quia Scævola vidit se consuli de re parum dubia, cum ex proposito facto appareret conditionem vere exstitisse, respondit oblique; Si non extitisset conditio: nec stipulatio commissa esset, innuens, quia in præsenti specie omnino exstitit, stipulationem vere commissam esse. Nam cum vocula *Si* sit sua vi conditionalis, et verbum *exstitisset* præteriti plusquam perfecti: nec hujus orationis, si proprie accipitur, alia significatio, quam ut intelligamus conditionem extitisse. Nam uti cum vocula *Si* juncta præterito perfecto, dubium est quod in oratione conditionali ponitur: ita cum jungitur plusquam perfecto certum est quod in oratione conditionali punitur non evenisse, vel se contra habere, sive affirmans sit sive negans oratio. Neque aliud fert usus sermonis, si quis paulo attentius consideret. Nam si verbi gratia mercator Hamburgensis dum Lipsiæ degit, dicat: Si navis ex Hispania rediit, dives sum: eo ipso ostendit ambigere se utrum redierit nec ne: proinde nec se simpliciter divitem asserere nec negare. At si dicat, Si navis ex Hispania rediisset, dives essem: eo ipso ostendit, verba sane alium sensum non inferunt, navem non rediisse, ex eoque jacturam rei familiaris se sensisse. Sic in oratione negativa, si idem mercator dicat. Si navis ex Hispania non rediit, de me actum est: verba sunt dubitantis de reditu navis, ostedentis sibi bonam copiam ejurandam fore, si quid adversi navi acciderit; interim autem se animi pendere spem inter metumque positum. Ast si dicat, si navis ex Hispania non redisset, de me actum esset: verba sunt gaudentis de reditu navis, ostendentis navem certe rediisse, ac felici navigationis successu damnum se imminens evitasse, etc. Quibus popularibus exemplis patefit; Scævolam isthoc sermone nihil aliud innuere quam stipulationem commissam esse ac conditionem extitisse. Ad quod et Costa similes locutiones adducit ex Vir. *Æn.* 4. Si naves Phrygiæ ad littora nostra non appulissent. Sic *Ps.* 106. v. 23. ut perderet illos, si non Moyses stetisset in conspectu ejus etc. id est quia Moyses avertit iram Dei, illis pepercit, etc. Accedit quod si in præsenti impleri non posset conditio post mortem Mævii, defectam eam dicere debuit Scævola potius quam non commissam, quia inter hæc aliquid discriminis *L.* 11. §. 11. *de leg.* 2. *L.* 17. §. *pen. ad Trebellian.*

3) Quod omnium fere veterum consensu obtinuit ref. Covar. *Pract. QQ. C.* 39. *n.* 1. et probari solet ex *d. L.* 122. §. 4. *hoc tit.* sed impertinenter, ut *N. præc.* Idemque ex *d. L.* 48. arg. a contrario ex verbis: *licet decessero*, etc. *et L.* 16. §. *ult. de fidei.* Et quia, ceu arguit Gœd. *Contr. stipulat. T.* 9. *n.* 144. mera potestativa immediate personæ cohæret, ejusque industria electa. Unde si eam non impleat contrahens, est quod illi imputari possit. Contra tamen noviorum multi. Alc. 1. *Disput.* 13. Cujac. *ad L.* 57. *hoc tit.* hoc utens argumento. Diversum jus hac in re stipulatoris et legatarii. At jus conditionis dandi, et ita potestativæ non transit ad heredem legatarii. Ergo ad heredem stipulatoris transit, ut si ei adscripta conditio, heres ejus illam implere possit. Quod si heredi stipulatoris tribuimus, quidni et promissoris? Personam facientis spectamus in iis solum factis, quæ nullum opus relinquunt, ut adscensio Capitolii, saltatio, item voluntatis declaratio. Nec enim potest dici opus spectasse adscribentem, si nullum inde opus. At qui id agit ut detur, insula fabricetur, non tam personam spectat, quam opus quod remanet, videlicet dominii translatio, fabrica. Non refert, quis det vel faciat, modo detur vel fiat id quod dari fieri convenit. Et Duar. *in Scævola n.* 15. *per* §. 4. *Inst. t. h. L.* 27. §. 1. *de reb. arb. a. L.* 13. *C. de contr. stip.* Et quia hæ conditiones per alium nostro nomine impleri possunt. *L. ult. de cond. inst.* Et exempla *L.* 8. *de per. et com. L.* 15. *de in die add. L.* 2. *C. de pact. int. empt.* (Sed ad *L.* 2. Resp. Gail. 2. *Obs.* 2. *n.* 4. *et* 5. regulæ DD. exceptionem esse in conditione potestativa, cujus implementum versatur circa resolutiones contractuum.) Et pluribus firmat ac expendit Covar. *d. C.* 39. ubi *n.* 7. Si non transiret, ait: daretur ex eodem contractu inæqualitas et dispar contrahentium conditio. Transiret ad heredem unius, non alterius. Nec credendum quod exclusos heredes voluerint contrahentes, si per eosdem ad eundem effectum impleri conditio queat, maxime si qui implere debuit impeditus, nec in mora fuit. DD. autem sententia admittenda in conditionibus, quæ ita personæ adhærent, ut per alium impleri non possint, ut *d. L.* 48. *h. t.* quia conditio, si *petiero* ex voluntatis declaratione pendet, quæ mere personalis. Duar. *in Scævola n.* 15. Covar. *d. C.* 39. *n.* 6. Et quia hæc oris pronunciatio: *si me velle dixero*, nullum opus relinquit, operam personæ non opus spectasse qui conditionem adjecit, necesse est, Cujac. *ad d. L.* 57. Ad *L.* 16. §. *ult. de fidei.* Resp. Duar.

petiero, aut constituam me velle, deficit conditio: ut quanvis heredes mei petant, aut velint, nihil eis prosit ad committendam stipulationem. *L. si ita expressum*, 69. *D. de cond. et dem. arg. in L. si decem*, 48. *D. de verbor. obligat.* Item in hac stipulatione, si Titio fundum dedero, centum dabis? quemadmodum nihil mihi prodest ad implendam conditionem, si Titio non obtuli, offerre ejus heredibus: ita si ipse non dedero, heredes mei fundum offerendo stipulationem non committent. Et generaliter deficiendum est conditionem dandi, faciendive personæ defuncti injunctam ab heredibus impleri non posse. *L. a testatore*, 109. *D. de cond. et dem.*

IV. Sed quoniam hic quædam objiciuntur, maxime in contractibus, operæ pretium est, qualia hæc sint, hoc loco cognoscere. Primum hic occurrit, quod contrarium æque in legatis, atque in contractibus quis existimet, conditio videlicet et jus heredum, quo fit, ut heres succedens in jus omne et locum defuncti, eodem jure uti debeat. *L. heres in omne*, 27. *D. de acq. her. L. quædam*, §. 1. *D. de ed. L. qui in jus*, *D. de reg. jur.* Sed non pertinet hoc jus successionis ad ea quæ personalia sunt, seu quæ personæ defuncti cohærent. Hæc ut cum persona exstinguuntur, ita ad heredes non transeunt. *L. quia*, 13. *D. sol. matr. L. non solum*, 8. § *tale*, *D. de lib. legat.* Talis est autem omnis conditio hujusmodi; si petiero, si voluero, si dedero, quæ certæ personæ injuncta, hanc non egreditur, eoque ad alios non transit. Quæ ratio redditur in *d. L. si ita expressum*, 69. *D. de cond. et dem.* Qua ratione et conditio dicitur facti esse, ne ad alium transeat, in *L. qui heredi*, 44. in princip. *eod.* dum hoc significatur in conditione non esse spectandum, quid juris ratio ferat: sed quid fieri velit is, qui id factum in conditione exigit. Ideo cum id certæ personæ injunctum est, ab ea persona recedi non debere. Etiam illud in commune objicias quod dicitur heres eadem persona esse cum defuncto. *d. Novel. de jurejur. a morient. præst.* Sed et hoc ad ea non pertinet, in quæ heres non succedit. Nam ut dicatur heres eadem esse persona cum defuncto, prius est ut [4] sit heres. Non est autem heres in his, in quæ non succedit, cum omnis hereditas sit successio in jus defuncti *L. hereditas*, *D. de reg. jur.* Etiam effectum est eum non succedere in potestatem conditionis implendæ.

V. Quæ sequuntur, jam proprie contractus attingunt: quorum dissolvendorum caussa potissimum de hac parte nobis hic institutus sermo est. In primis jus de stipulationibus constitutum, quo placet stipulationem faciendi ita transire ad heredes, ut quod promissor facere debuit ex stipulatione, si id non fecerit, liceat facere etiam heredibus ad evitandam pœnam, aut præstationem ejus quod interest. *L. veteris*, *C. de contr. stip.* De quo sit hoc responsum, longe [5] aliam caussam esse stipulationis, aliam conditionis. Ex stipulatione nascitur obligatio, idest jus, quo tenetur promissor in id quod interest, si factum non sit, quod promisit. In hanc obligationem atque hoc jus heres etiam promissoris succedit. Primum quidem ut eodem jure teneatur: sed tamen ita, ut et ipse in ea obligatione quod promissor facere potuit ad evitandam præstationem ejus quod interest, hoc idem facere possit heres, quo juxta regulam juris eodem jure utatur. *d. L. heres in omne*, 37. *D. de acq her. L. qui in jus*, *D. de reg jur.* In conditione autem factum versari dixi, et quidem, quod personæ injungatur, idest cohæreat. Quæ res facit, ut hujus implendæ potestas non transeat ad heredes *d. L. qui heredi*, 44. *L. si ita expressum*, 69. *D. de cond. et dem.*

VI. Sed precipue adversari videbitur, quod in §. *ex conditionali*, *Inst. de verb. obl.* scriptum ita est, *ex conditionali stipulatione spes est debitum iri: eamque ipsam spem ad heredes transmittimus.* Qui spem debitum iri ad heredes transmitti dicit, idem dicit una et spem conditionis implendæ, seu spem conditionem impletum iri ad eos transmitti: quoniam ita est natura stipulationis conditionalis, ut ex ea nihil deberi possit, nisi impleta conditione. Volumus autem spem debitum iri transmitti. Fatendum igitur transmitti et spem conditionis implendæ. Et recte hoc col-

ibi non magno incommodo affici fidejussorem, cum ei salva actio contra heredes principalis rei maneat. Sed melius Covar, *d. n.* 6. ibi exemplum haberi conditionis non in potestatem stipulatoris collatæ; sed ab alterius arbitrio pendentis: nec convenire huic quæstioni de transmittendo jure conditionis implendæ ad heredem ejus cui facta promissio, etc. Sane si contractus a dispositione cœpit, fatentur DD. etiam qui dissentiunt, jus implendi heredi non negari, sicque exaudiunt *d. L.* 27, §. 1. *de rec. arb.* Quia enim tunc principalis dispositio, quæ pura est, ad heredes transit, conditio quoque, quæ accessoria *L.* 178. *de R. I.* Hail. 2. *Obs.* 2. *n.* 7. Connan. 6. *Com.* 3. *n.* 12.

4) Idem ut factum a defuncto videatur factum ab herede, non contra. Donell. *ad d. Leg.* 122. §. 4. *n.* 3. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 9. *n.* 187. Sic et injuria defuncto illata pertinet ad heredem, quia illi ignominiosum est ob repræsentationem *L.* 1. §. 3. *et* §. *pen. de injur.* non contra.

5) Quod et Covar. agnoscit *d. Cap.* 39. *Pract. QQ. n.* 3. diversa hæc esse, conditionalem contractum transmitti etiam ante conditionis eventum et jus conditionis implendæ transire. Posse illud concedit, hoc negari ubi conditio mere personalis. Conditionalis contractus licet semper transmittatur, quandoque tamen natura conditionis non sinit, ut jus ejus implendæ transeat, si per alium impleri nequeat.

colligitur, ac verissimum est: sed superiori sententiæ nihil adversatur. Animadvertendum est enim dici ista de diversis conditionibus, quarum species non modo istam varietatem juris admittant, sed etiam postulent, nihil ut fieri possit convenientius. Cum dicimus potestatem implendæ conditionis ad heredes non transmitti, de [6] conditionibus in potestatem et factum stipulatoris collatis loquitur. Nihil verius, quam hujus facti implendi potestatem ad heredes non transire: cum ea, quæ sunt facti, personæ ejus qui facere debuit, cohæreant, eoque nec ad heredes aut alias personas etiam conjunctiores transeant. *d. L. qui heredi*, 44. *D. de cond. et dem. L. quod dicitur*, 130. *D. de verb. obl.* §. *sed cum factum*, *Inst. de stip. serv.* Quod in conditionibus faciendi personæ stipulatoris injunctis præcipue cerni potest. In his enim natura rei hoc evenit, ut si stipulator vivus conditioni non paret, mortuo eo statim spes implendæ conditionis amittatur. Nam ipse quidem amplius facere non potest, quod erat in conditione, cum esse desierit Heredes autem quidquid fecerint postea, id assequentur, ut dicantur ipsi fecisse: illud non assequentur, ut verum sit stipulatorem fecisse, quod illum non fecisse constat. Ut autem ipse faceret, conditio persona ejus injuncta exigebat. At quod dicitur, spem conditionis implendæ ad heredem transmitti, de his conditionibus dicitur, quæ in casum conferuntur: Veluti, si navis ex Asia venerit, si rex Parthorum vicerit. Neque cum id dicimus, divinamus: sed ex ipsis verbis attendenti statim intelligitur. Spem enim conditionem impletum iri cum transmitti dicimus, nempe eam spem dici manifestum est, quæ mortuo stipulatore adhuc superest. Nam quæ spes amissa est, amplius spes non est; nec potest per rerum naturam spes transmitti, quæ nulla est. Jam vero hæc spes mortuo stipulatore superesse solum potest in iis conditionibus, quæ in casum collatæ sunt, quippe quæ solæ sint ejusmodi, quæ exsistere possint et vivo stipulatore et mortuo. Quare cum de his vere dicatur, eas post mortem stipulatoris impleri posse, superiores autem illas, quæ in factum stipulatoris collatæ sunt, non posse: apparet eum, qui utrumque dicit, quod nunc facimus, nihil contrarii, sed maxime consentanea dicere.

VII. Sed ut conditio non impletur aliter, quam si fiant omnia ad eum modum, quem verba præscribunt, ita si ad præscriptum verborum tantum impleta sit, nihil amplius requiritur. Quam ad rem appositissimum exemplum est in *L. cum servus*, 104. *D. de verbor. obligat.* Id si explicetur latius, tale est. Servus egit cum domino de se manumittendo, et pro libertate, id est si ad libertatem perveniret, vel si manumitteretur, pecuniam domino pactus est. Ex qua caussa servum post manumissionem domino teneri placet. *L.* 3. *C. an serv. pro suo fact. post manumiss. ten.* Idem ejus pecuniæ reum, id est expromissorem dedit, sub eadem conditione videlicet si manumissus esset. Dominus contempta hac pactione servum alienavit, declarans hoc facto nihil se minus, quam de eo manumittendo cogitare. Verumtamen servus manumissus est a novo domino. Hic prior dominus pecuniam petit ex conventione, quod dicat ejus pactionis conditionem exstitisse. Manumissus negat quidquam eo nomine illi deberi. Quippe pecuniam pactam pretium esse manumissionis, quod non debeat percipere is, qui non manumisit. Multo minus si etiam facto suo obstitit libertati. Quod in proposito objici priori isti domino potest, qui cum servum, quem manumittere poterat, et debebat, alienavit, per eum non stetit quominus is servus perpetuo servus maneret: cum periculum esset, ne a novo domino non manumitteretur, utpote cum quo de libertate servi actum nihil esset. Et dicuntur recte ista adversus eum, qui pecuniam petat ob beneficium manumissionis. Nunc autem hic petitur pecunia ex conventionis conditione, de qua quæritur, utrum exstiterit, necne. Quia constat sub quacumque conditione quid promissum sit, dum possibili, nec turpi, nec in voluntatem promissoris collata, conditione expleta pecuniam deberi. *L. a Titio*, 108. *D. de verb. obl.* Placuit igitur et in proposito, quanvis servus ab alio manumissus sit, reum tamen recte obligari, ut est in *d. L. cum servus*, *eod.* quia ut ibidem adjicitur, non quæratur, a quo manumittatur servus, sed an manumittatur. Id est, quia condictio pactionis et stipulationis secundum verba plane exstiterit, ut nihil hic quærendum sit amplius. Conditio enim hæc erat, non si servus a priore domino manumitteretur, sed simpliciter si manumitteretur. Verum est autem cum manumissum, atque ita verbis conditionis satisfactum esse, a quocumque tandem sit manumissus.

VIII.

6) Potestativa autem debet a sciente impleri, reliquæ possunt etiam ab ignorante, de quo Jo. Costa *de Facti scientia Dist.* 43. *Cent.* 2.

VIII. Non est satis conditionem impleri, quo modo oportet: sed et eo tempore implenda est, quo oportet, ut recte ab utraque re dicatur impleta. In quo cum discrepent in quarundam conditionum interpretatione legata a contractibus, de quibus nunc agimus: hoc maximo est, quod proprie in hac implendæ conditionis ratione nobis hoc loco attingendum fuit. Quod breviter faciam. Existit autem hæc discrepantia cum in conditionibus in faciendo positis, tum in conditionibus positis in non faciendo.

IX. Et quidem in conditionibus in faciendo positis oritur de tempore implendi dubitatio, cum conditio personæ stipulatoris, creditorisve injuncta est. Ut in hac stipulatione, Si in Capitolium ascendero, si Stichum manumisero, decem dabis? Hic quæritur, utrum hujusmodi conditiones, quocumque tempore factum sit id, quod exigebant, videantur recte impletæ: an vero sit hoc implendi tempus, cum primum creditor facere potuit, quod in conditione erat, ut si tunc non fecerit, videatur defecisse conditio: eoque nihil ei prosit ad implendam conditionem, si postea ascendat in Capitolium, aut Stichum manumittat. Hic ergo se ostendit illa differentia, quam dixi esse inter legata et contractus de hujusmodi conditionum interpretatione. Nam in legatis, in quibus hujusmodi conditio injecta est legatario, posterior interpretatio superior placuit. Ut puta, in hoc legato, Heres meus Titio, si in Capitolium ascenderit, decem dato: conditio sic accepta est, si ascenderit, cum primum potuerit ascendere. *L. hæc conditio*, 29. *D. de cond. et dem.* Quo significatur id tempus esse ejus conditionis implendæ: quo non servato, nunquam postea recte impleatur conditio, quia non impleatur suo tempore. At non idem in stipulationibus et conventionibus omnibus probandum est, hujusmodi aliqua conditione stipulatoris personæ injuncta. Nam legata ex voluntate testatoris pendent, non legatarii. Est autem ex voluntate testatoris, ut cum is aliquid injunxit legatario, id legatarius pro beneficio et honore accepto, statim impleat, cum potest. Certe hoc illi debetur non tantum pro beneficio, sed etiam quia suprema voluntas est. De quo genere ita jus constitutum habemus, ut putetur publice expedire supremas voluntates et ratas esse, et quam citissime exitum habere. *L. vel negare*, *D. quem. test. ap.* *L.* 1. *C. de sacros. eccl.* In conventionibus autem ipsi sibi contrahentes legem dicunt, et parant, et si quidem a conventione aut conditione exspectandum sit, id ipsi sibi statuunt. Proinde æquissimum est, ut quantum generalibus verbis sibi caverit stipulator quisque aut creditor, tantum quoque ei jure tribuatur. Quod et receptum est. *L. quidquid*, 99. in fin. pr. *D. de verb. obl. L. non est ferendus*, *D. de trans.* Porro hæc verba, si in Capitolium ascendero, si Stichum manumisero, generalia sunt multo certo tempore ascendendi, aut manumittendi definita. Quamobrem et omnes partes hujus temporis continebuntur, ut quandocumque quid istorum fecero, mihi dari debeat. *arg. in L. si servitus*, *D. de serv. urb. præd.* Aliud si promissor dicat se sensisse, audiendus non est, quia facit contra verba stipulationis, quibus de conditione stipulatori cautum est. Quod et traditur iisdem illis locis duobus, *d. L. quidquid*, et *L. non est ferendus*.

X. In conditionibus in non faciendo positis etiam in tempore implendi est, quo distent contractus a legatis: est etiam, quod inter hæc sit commune, sed de quo pariter dubitetur in utroque, ut et de eo hoc loco cognoscendum sit. Hujusmodi conditiones sunt in his tum legatis, tum stipulationibus. In legatis, ut Titio, si in Capitolium, non ascenderit, decem dari volo. In stipulationibus, ut si Alexandriam non ieris: aut si in Capitolium non ascendero, decem dabis? Ergo in tempore hujusmodi conditionum implendarum sciendum est inter legata et contractus hoc interesse, quod quanvis natura non prius impleri intelligantur hæ conditiones, quam certum esse cœperit fieri amplius non posse, quod in conditione erat, puta Titium in Capitolium ascendere: me in Alexandriam ire non posse, de quo mox: tamen in legatis hoc tempus non necessario exspectatur: in contractibus exspectatur, ut non antè quidquam peti possit. Nam hujusmodi aliqua conditione legato injecta, fit potestas legatario statim legatum petendi, dum offerat heredi satisdationem fore, ut si quid contra conditionem fecerit postea, legatum una cum fructibus restituat; quæ Muciana cautio appellatur. De quo jure scripsimus, quod sit satis *Lib.* 8. *Cap.* 33. In contractibus adjecta aliqua hujusmodi conditione, jubetur stipulator eventum superiorem exspectare, neque 7) superiori cautioni locus est, qua oblata promissi repræsentationem consequatur. Quod et

7) Vid. *supra Lib.* 8. *C.* 33. *Not.* 15. *et Not.* 18. Add. Gœd. *de Contr. stip. C.* 7. *n.* 72.

et adjecimus *eod. Cap.* Et simul differentiæ rationem reddidimus, ut horum utrumque inde petere liceat. Sed tamen etiam in legatis observari potest, quanvis cautione Muciana interposita repræsentatum sit legatum: tamen effectu non prius legatum certo deberi, quam illud tempus secutum sit, quo diximus has conditiones impleri: cum si quid postea contra conditionis legem factum fuerit, futurum sit, ut legatum reddatur, atque ita eo res redeat, quasi nec datum esset. Debitum certe non fuisse hic eventus declarat. Alioqui debitum solutum mansisset, nec soluti esset repetitio. *L. in diem*, 10 *L. si non sortem*, 26. §. *pen. D. de cond. ind.* Ideo utrobique huc res recidit, ut statuatur, proprie non ante hujusmodi conditiones sive legatis sive stipulationibus injectas impleri, quam certum esse cœperit adversus conditionem amplius peccari non posse. Quod jus quoniam et per se dubitationem habet, et præterea non est perpetuum: restat nobis etiam nunc hæc opera, ut de utroque pauca dicamus, quæ in legatis prætermissa commode ex hoc loco repetentur.

XI. Ergo in hoc genere conditionum de tempore implendæ conditionis prima hæc quæstio occurrit, videanturne potius hujusmodi conditiones implendæ, simulatque promissor aut stipulator, heres aut legatarius, quibus conditio injecta est, facere potuit, quod in conditione est, et non fecit: an vero in eo manere oporteat, ut non prius dicantur impletæ, quam certum esse cœperit id fieri non posse. Dubitationis caussa ex ambiguitate verborum, quorum conceptio in his conditionibus utramque interpretationem pati videtur. In hac stipulatione, exempli gratia, si in Capitolium non ascendero, decem dabis? sic est ista conditio, ut verum sit simpliciter me non ascendisse, si vel hodie non ascendi. Sed rursum si his verbis non præsens solum tempus complector, sed omne etiam futurum, quo ascendere possim, et id cavetur, ne per omne id tempus, quo possim, ascendam: apparet id agi, ne quid prius debeatur, quam id futurum tempus præterierit, atque hoc præterito constet me per id omne tempus non ascendisse. Et Sabino prius placebat. Sed posterior sententia obtinuit, quam et Papinianus probat, ut refertur in *L. ita stipulatus*, 115. *D. de verbor. obligat.* Merito: cum eam tam evidenti ratione niti videamus. Atque hinc illud est, quod traditur in §. *si quis ita*, *Inst. de verbor obligat.* si quis ita stipuletur, si in Capitolium non ascendero dare spondes? perinde esse, ac si stipulatus esset, cum moreretur, sibi dari.

XII. Sed habet hæc sententia hanc exceptionem, nisi aliud senserint sive testator, sive contrahentes. Quod cum fit, ex eorum mente sic conditio accipitur, ut tunc exstitisse conditio intelligatur, cum is, cujus personæ conditio injecta est, facere potuit, quod in conditione erat, et non fecit. Hinc primum recepta hæc interpretatio propter voluntatem in hac specie stipulationis, cum stipulatio, quæ hujusmodi conditionem accepit, incepit ab alia stipulatione, aut stipulatione idem factum exigente. Ut, fundum dabis? si fundum non dederis centum dabis? In hac specie Papinianus Sabino est assensus, ut fateretur, si tu interpellatus a me ut fundum dares, non dederis, cum posset dari, statim committi stipulationem in centum. Hoc ille in *d. L. ita stipulatus*, 115. vers. *Sabinus*, *D. de verb. obl.* Dissimiliter ideo atque tunc, cum stipulatio incepit a conditione, non quod in utroque genere non sit eadem conditio, et significatio verborum; sed quod in posteriore, inquam, id actum intelligatur, ut statim fundum dares interpellatus, ac nisi dares, deberes pœnam. Quid enim efficit prior illa stipulatio, fundum dabis? nempe ut fundum petenti statim dare debeas, et sine mora, cum sit pura stipulatio. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl.* Quid autem agit pœnalis stipulatio huic subjecta, si fundum non dederis, centum dabis? Id quod omnes pœnales stipulationes, ut firmetur scilicet stipulatio præcedens, non ut ab ea recedatur, ut significatur generaliter de pœna in §. *ult. Inst. de leg.* Quare cum ita subjicio si fundum non dederis, centum dabis? hoc dici apparet, si fundum non dederis ita, ut volui, et ut ex præcedente stipulatione dare oportuit, id est statim, cum petiissem. Non idem licet dicere, cum stipulatio conditionalis cœpit tantum a conditione. Sic enim nulla præcedens stipulatio aut pactio est, quæ mentem et sententiam contrahentium in conditione adjectâ indicet aliam, quam verba conditionis significant: eam videlicet, quam supra his verbis inesse ostendimus. Unde et recte ea interpretatio recepta est, ut verbis stetur; quod in re dubia semper faciendum esse præcipitur. *L. non aliter*, 69. *D. de leg.* 3. Non solum autem utraque hæc interpretatio recepta est in conventionibus, quibus ejusmodi conditio adjecta est, sed etiam in legatis eodem modo relictis. Nam si testator ita leget: heres meus Titio penum dato: si penum non dederit, decem dato: tunc et conditio posterio-

rioris legati exstitisse; et decem inde deberi intelligentur, cum heres de pœna danda interpellatus in ea solvenda moram fecerit. At si ita leget: si heres meus Titio penum non dederit, decem dato: non prius videbitur conditio exstitisse, et decem deberi, quam certum esse cœperit penum ab herede dari non posse, vel quia heres mortuus sit, vel quia penus perierit, vel quia Titius decesserit, cui dari debebat. (Nam et hoc moriente exsistit conditio, et legati dies cedit. *L. ult.* illic, *de quo respondit. D. de cond. inst.*) Hæc sententia Papiniani est in *d. L. ita stipulatus*, 115. vers. *Sabinus*, et deinceps: *de verb. obl.* congruit *L.* 1. *D. de pen. leg. L. si penum*, *D. quand. di. legat. ced.* Nec mutat hanc sententiam Paulus in *L.* 1. §. *item si ita*, *D. ad leg. Falc.* qui sive ita legatum sit: heres meus Seio penum, dato; si penum non dederit, decem dato: sive ita legatum datum ab initio: si heres meus penum non dederit, decem dato: utrobique idem esse ait. Hoc enim ipse ibidem interpretatur, ut idem sit in eo, quod utrobique penus non est legata, sed sola decem, quæ in Falcidiam imputentur, si modo ex priore legato mora jam facta solverit heres penum. Quomodo autem et quando exsistat hæc conditio, si heres penum non dederit, neque ei propositum est eo loco dicere, neque verbo etiam uno attingit.

XIII. Sed ne hoc quidem in stipulatione aut legato [8] incipiente a conditione est perpetuum, ut in his ad implendam conditionem exspectari debeat dum certum esse cœperit, adversus conditionem amplius fieri non posse. Etiam in hoc genere interdum sic conditio accipitur, ut exstitisse intelligatur, cum is cujus personæ conditio injecta est, facere potuit, quod in conditione erat, et non fecit, similiter, ut si stipulatio a præcedente stipulatione cœpisset: idque non alia de caussa, quam quod hoc ipsum sensum esse a contrahentibus, aut testatore videatur. Id tribus in caussis receptum animadvertimus.

XIV. Una caussa est in stipulatione fidejussoria hujusmodi: Si reus quinquaginta, quæ ei credidi, non solverit; dare spondes? aut, fide tua esse jubes? Hic apparet stipulationem incipere tantum a conditione, si reus non solverit, quæ conditio est in non faciendo posita. Placet tamen stipulationem committi, non tunc primum, cum certum erit reum solvere non posse, quod fit eo moriente: sed statim postquam reus interpellatus non solverit, ut tunc quoque conditio superior exstitisse intelligatur. *L. fidejussor obligari*, 16. §. *ult. D. de fid.* Hoc ideo, quia etiam hæc stipulatio a præcedente sive stipulatione, sive conventione incipit. Non incipit aperte: at incipit tacite vi et natura stipulationis fidejussoriæ. Constat enim hanc pendere a conventione principali, quia tenetur reus, et eum subsequi. §. *fidejussores*, *Inst. de fid.* Reus autem pure tenebatur, et statim debuit petenti solvere. Quapropter cum subjicitur hæc stipulatio, si ille non solverit, dabis? apparet conditionem subjici in eamdem sententiam, Si non solverit videlicet, ut illum solvere oportuit, idest si non solverit statim, cum petam.

XV. Altera caussa est in specie et responso subdifficili. *L. si Titius*, 9. *D. de verb. obl.* Cum scilicet duo, puta Primus et Secundus, separatim eundem fundum ab eodem promissore stipulati sunt sub conditione, si eum alteri non dedisset. Ut si Primus stipuletur hoc modo: fundum Tusculanum si Secundo non dederis, mihi dare spondes? deinde Secundus contra hoc modo: fundum Tusculanum si Primo non dederis, mihi dare spondes? Apparet hic quoque utriusque stipulationem incipere ab hac conditione solum, si Primo, aut Secundo non dederis. Quam et conditionem in non faciendo positam esse palam est. Placet tamen in *d. L. si Titius*, 9. et Primum et Secundum ex ea stipulatione agere posse, non tunc solum, cum certum erit promissorem fundum dare non posse, idest cum promissor mortuus erit: sed uter eorum primum petierit fundum, si promissor interpellatus vel ei, vel alteri eum fundum non dederit. Sed interpretationem subobscuri responsi fusiorem licet petere ex commentariis nostris ad eam *L.* 9. Speciem ipsam, quæ ex superiore definitione exciperetur, mihi nunc notare satis fuit.

XVI. Tertia caussa est ejusdem generis in manumissione testamentaria, cum servus sub hujusmodi aliqua conditione in non faciendo posita testamento domini liber esse jussus est. Veluti: Stichus, si in Capitolium non ascenderit, liber esto. Placet non esse hic exspectandum, dum certum fiat Stichum ascendere non posse, quod fit illo moriente: sed simulatque ascendere potuit, et non ascendit,

8) A conditione initium sumit contractus, cum nulla oritur obligatio ante conditionis eventum, nec promittentis ad solutionem promissi, nec cui promissio fit ad implementum conditionis: vid. Covar. *Pract. QQ. C.* 39. *n.* 8. Confer. Curt. *Conject. ad Fr.* 31.

dit, videri extitisse conditionem. Et quidem hoc dissimiliter atque in prioribus caussis, quod hic non exigimus, ut quisquam interpelletur, cum non postuletur a Sticho, ut quid faciat, sed ut ne faciat. *L. libertas*, 17. in pr. *L. ult. D. de manumis. test.* Receptum hoc a veteribus non favore libertatis, sed ex eadem voluntatis conjectura, quam supra diximus, quia scilicet testator hoc senserit. Licet hinc conjicere, quod credibile non est testatorem voluisse libertatem relinquere servo inutiliter: alioqui nec reliquisset. At inutilis manumissio futura est, si expectamus dum moriatur servus, quo ex conditione liber fiat. Sic enim nec vivus liber fuerit, nec mortuus esse poterit. Quocirca repudiata hac interpretatione, relinquitur altera, ut intelligamus ex mente testatoris tunc exstitisse conditionem, cum servus potuit ascendere, et non ascendit. Neque hoc præter significationem verborum, ne quis forte dicat hanc interpretationem admitti non in re et significatione dubia, secus quam regula superior interpretationis exigit. *d. L. ubi, de reb. dub. d. L. quoties in stipulationibus*, 80. *de verb. obl.* Nam et eum qui hodie non ascendit, simpliciter non ascendisse verum est, ut ante diximus. Scio multo plura de toto hoc genere conditionum quæri et tractari solere; præsertim in ea parte, ubi de pœnali stipulatione agitur, quæriturque quando hujus conditio exsistat et maxime cum cœpit a nuda conventione. Sed cum totum hunc locum executus sim copiosius in commentariis ad *Tit. de verb. obl.* satis putavi hoc loco summam rerum complecti, contentus locum indicare unde fusior tractatio, si quis eam desiderat, sumi possit. Extat ad *d. L. ita stipulatus*, 115. *num.* 24. illo Tit. *de verb. obl.*

CAP.

CAP. XIII.

Quo loco præstandum sit, et peti possit, quod ex quaque conventione debetur.

De præstationum loco. Interest an quidquam de eo convenerit; an nihil. I.

Si nihil: an certa res promissa sit; an incerta. Quid hæc ab illa differat cum in legatis, tum in contractibus. II.

Si aliquid: standum conventis, nisi debitor recedat ex caussa. Duplex ista, et quæ. III.

Quare potest alio loco petere creditor, invito debitore. Hujus incommodo quomodo occurritur. IV.

I. Tempore præstandi ex omni conventione cognito, sequitur præstandi locus, quam extremam præstationis circumstantiam posuimus, ut quod hic debetur, ut ex legati caussa, aliquo loco præstandum est, et peti oportet, cognoscamus, quo loco præstandum sit, et peti debeat. De eo breviter sic habendum. Interesse nihilne convenerit de loco, quo promissum præstari oporteret, an vero.

II. Si nihil convenit, servabimus hic eandem distinctionem rerum, quam usurpavimus in legatis, *Lib.* 8. *Cap.* 35. ut si quidem res certa promissa sit, ibi præstari debeat ubi est, etiam si alio loco debitor conveniatur. Sin promissa sit res incerta, puta res pondere, numero, mensurave constantes, aut corpus unum generaliter, ibi dari debeat, ubi petitur, ut in his idem sit præstandi, et petendi locus. De qua distinctione eodem illo *Capite* 35. *Lib.* 8. satis diximus, exstatque de re legata in *L. quod legatur*, 38. *D. de jud.* et *L. cum res*, 47. in pr. *D. de leg.* 1. Tantum adjiciendum est, cur dicamus hanc distinctionem uti tradita est in legatis, ita et in contractibus de re promissa servari debere: cum in rebus promissis nusquam quod sciam, usurpatam legamus. Et nobis hanc sententiam par ratio exprimit. Cur enim superiora loca in legatis sequimur? an non quia existimatur testator de his sensisse? neque enim ex suprema voluntate quidquam præstaretur contra voluntatem. Servemus igitur idem in rebus promissis, quia et de his locis contrahentes senserint. Nam et in stipulationibus, cæterisque contractibus semper servatur quod actum est. *L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. jur.*

III. Sed hæc inquam, ubi de loco nihil convenit. Quod si dictum sit, quo loco quid dari oporteret: hic, ut in cæteris caussis conventio servanda est. Ideo sive species certa, sive pecunia, aut aliud genus certo loco promissum erit, ibi dari debebit: nec alio loco solvi invito stipulatore potest. *L. pen. D. de eo, quod cert. loc.* Nisi tamen ex caussa; quod temperamentum adjicitur in *L. usuras, C. de sol.* Caussa duplex, si aut debitor loco constituto solvere non possit, aut certum sit creditoris nihil interesse ibi solvi. Quæ quando accidant, et omnino quæ plura de hac potestate alibi solvendi quæri possunt, si quis requiret, reperiet a nobis exposita in commentariis ad *d. L. pen. de eo quod cert. loc.*

IV. Quod tamen certo loco dari promissum, non potest debitor alio loco solvere invito creditore; id creditor contra invito debitore alio loco petere potest, ut ibi solvatur constituta in eam rem creditori arbitraria actione. §. *loco*, *Inst. de act.* Sed cur contra conventionem apertam? aut cur hic conceditur actori, quod non licet reo, contra certi juris regulam? *L. non debet actori*, *D. de reg. jur.* Necessitas hoc jus expressit. Nisi enim hæc facultas creditoribus alibi petendi data erit, non videntur ad jus suum pervenire posse. Ratio reddita in *L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* quod quale esset, ibi fusius ostendi. Ne tamen dum hic creditori consulitur, fieret injuria reo, dum alio loco agendo loci constituti utilitas ei adimitur: huic incommodo ita occursum est jure, ut alio loco petenti proponeretur quidem actio, sed arbitraria: in qua scilicet ratio habetur utilitatis ejus, quæ promissori competitura esset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit, ut est in *d.* §. *loco*, *de act.* idem in *L. unica*, *C. ubi conven. qui cert. loc. dar. promis. L.* 2. *D. de eo quod cert. loc.* Plura de hoc genere petere licet ex commentariis nostris ad *tit. de eo quod cer. loc.* ubi de eo ex professo scripsimus. Summam require ex inscriptione ad extremum.

DE

DE OBLIGATIONIBUS

QUÆ EX QUASI CONTRACTU NASCUNTUR.

CAP. XIV.

Quasi contractus quid sit: Quasi contractuum genera summa duo neque plura, Agnitionem voluntatis supremæ, et Rerum alienarum tractationem. Tum de genere, et quæ hinc obligationes.

Transitio. I.
Quid sit quasi contractus; et cur ita nuncupetur. II.
Quasi contractuum genera duo summa; supremæ voluntatis agnitio; et alienæ rei administratio. III.
Agnoscit voluntatem heres et legatarius; et quomodo uterque. IV.
Agnitione heres obligatur ex quasi contractu creditoribus et legatariis. V.
Creditoribus improprie; proprie legatariis et fideicommissariis. VI.
Legatarii singularum rerum, a quibus quid præstitum voluit testator, obligantur et ipsi ex quasi contractu, et quare. VII.

I. Ex quatuor generibus caussarum, ex quibus omnis obligatio, et quod nobis debetur, oritur; contractu quasi contractu maleficio, quasi maleficio: expositum est primum illud genus latissime patens in vita quotidiana, et commerciis hominum, quod conventiones et contractus continet. In quo quam variæ sint species caussarum hujus generis, quæ vis et potestas cuique obligationi subjecta, hucusque ostendimus: sive quæratur, quid, quantumve, a quo et cui inde præstandum sit, et peti possit; sive quando, et quo loco præstandum: et unumquodque quibus actionibus. Huic generi proximum est illud, quod et secundum in superiore divisione nostri fecerunt, quem quasi contractum vocamus. §. *ult. Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc.*

II. Quasi contractus est, factum omne non turpe, quo aut is qui fecit, alteri; aut alter ei, aut uterque alteri [1] sine consensu obligatur. Dixi non turpe, ne factum incidat in maleficium; quod apparet in hac divisione toto genere distingui a maleficio. Dixi sine consensu; quia alioqui consensu interveniente contractus futurus sit, non quasi contractus. Nunc autem etiam a contractu quasi contractum et nominis ratio, et divisio superior aperte separat. Hoc factum dicitur quasi contractus, quia cum neque maleficium habeat, neque speciem maleficii, et tamen obligationem pariat, propius ad similitudinem contractus accedit, ubi scilicet et sine maleficio obligatio nascitur. Qua ex similitudine factum est, ut quasi contractus interdum absolute [2] vocetur contractus, ut in *L. ex contractibus*, 49. *D. de obl. et act. L. sed et cum* 16. *D. de neg. gest.* Nonnunquam contractus appellatione contineatur, ut in §. 1. *Inst. de act.* Similitudo verbo quasi notata more loquendi nostris usitato in iis demonstrandis quæ ad similitudinem aliarum rerum sunt inducta. Sic enim nostris dicitur quasi possessio, quæ vere possessio non est, sed possessionis similitudinem habet, ut usus in servitutibus. *L. si quis diuturno*, *D. si ser. vind.* Quasi Serviana actio, quæ Servianæ similis est, et ad ejus exemplum introducta, §. *item Serviana*, *Inst. de act.*

III. Eorum factorum in quibus quasi contractum ponimus, genera sunt duo, et totidem caussæ summæ, ex quibus obligatio ut ex quasi contractu nascitur; Agnitio supremæ voluntatis testatoris, et Rerum alienarum tractatio, sive administratio. Neque generibus caussæ plures sunt. Nam quod Cajus, et ex Cajo Justinianus inter caussas hujus

1) Vero scilicet et aperto, tacito enim et præsumpto consensu fit. Gœd. *ad L.* 12. *de V. S. n.* 7. Vult. *in d. pr. I. de O. quæ ex contr. n.* 5. Non vere, ait sed præsumptive ac fictione juris contrahitur, solumque jus, præter factum hominis inducit obligationem. In plerisque equidem voluntas et animus obligandi ex parte una, vid. *Lib.* 4. *C.* 16. *N.* 2. non tamen is consensus, qui, voce ipsa id arguente, proprie non est unius.

2) *L.* 9. *pr. de duob. reis L. ult. in quib. ca. pig. tac.* Et qui quasi contrahit simpliciter contrahere dicitur *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *Quib. ex ca. in poss.* largo tamen significatu ac improprio. Nec dispositioni aut statuto loquendi de contractu locus in quasi contractu, nisi ratio omnino eadem, vid. Tiraq. *post LL. conn. Gl.* 5. *n.* 127. *et* 2. *seqq.*

jus obligationis numerant indebitum per errorem solutum, *L.* 5. §. *is quoque D. de obl. et acti.* §. *pen. Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* quam non recte ab illis factum sit, satis supra ostendisse videmur in indebiti condictione *Lib.* 14. *Cap.* 16.

IV. Agnoscunt voluntatem defuncti genera personarum duo, quo facto et hoc genere quasi contractus totidem obligantur; hæres, et legatarius. Agnoscit heres, cum hereditatem admittit, extraneus adeundo, aut pro herede gerendo: suus se immiscendo. §. *pen.* §. *sui*, *Inst. de her. qual. et diff.* Hac enim lege hereditatem suscipit, ut simul se ejus oneribus omnibus subjiciat: in quibus sunt etiam ea, quæ testator inde præstari voluit. Agnoscit legatarius, cum legatum agnoscendo adquirit; quod fit, cum primum legatum ad se pertinere voluit. *L. servum filii*, 44. §. 1. *L. si tibi homo*, 86. §. 1. *D. de leg.* 1. Commodum enim agnoscendo, quod est in perceptione legati; etiam incommodum, si quod ex voluntate defuncti legato adjunctum est, subire intelligitur. Bene enim Justinianus, non esse eum ferendum ait, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit *L. unica*, §. *pro secundo*, in fin. *C. de cad. tol.*

V. Hoc modo obligatur heres duobus generibus personarum: creditoribus hereditariis, et legatariis, seu fideicommissariis. *L.* 2. *C. de hered. vel act. vend.* Creditoribus obligatur duplici nomine; defuncti, et suo. Defuncti nomine, hoc ipso quod est heres. Cum enim hereditas sit successio in universum jus defuncti: *L. hereditas*, *D. de reg. jur.* sequitur, ut quo jure tenebatur defunctus, eodem et teneatur is qui in jus et locum defuncti successit. Is autem est heres. *L. heres in omne*, *D. acq. her. L. quædam*, §. 1. *D. de eden.* Inde dictum, hereditatem obligare nos æri alieno: intellige quæ modo nostra facta sit, non ipsam per se. *L. more*, *D. de adq. her.* Isto vero modo non obligatur heres ex quasi contractu: sed quæ et qua ex caussa adversus defunctum fuit actio, eadem ex persona defuncti datur in heredes, ut si obligatus fuit defunctus ex contractu, teneatur et heres ex contractu: si ille ex delicto, ut in condictione furtiva, et hic ex eodem delicto et eadem condictione. *L. ex contractibus*, 49. *D. de obligat. et act. L. si pro fure*, 7. §. *ult. D. de cond. furt.* Itaque dum hoc jure convenietur heres, nihil id jus ad hunc locum pertinet. Sed obligatur heres creditoribus et suo ipsius nomine ac facto, seu quasi contractu. Sic enim traditur in *L.* 3. in fin. et *L.* seq. heredem qui adit hereditatem, quive se immiscet, cum creditoribus contrahere videri. Quod nihil aliud est, quam quasi, et quodammodo cum his contrahere. Cur autem? quia hereditatem suscipiendo id agit inter cætera, ut se oneribus hereditariis subjiciat; quippe sciens hac lege hereditatem sibi deferri, ut oneribus hereditariis obstringatur. *L.* 2. *C. de her. act.* Atque inter hæc onera est æs alienum: cui etiam ob hanc caussam hereditas non obligat, *d. L. more*, *D. de acq. hered.*

VI. Sed minus proprie hic dicatur obligari heres ex quasi contractu suo; cum quocumque modo obligetur creditoribus hereditariis, certe ideo obligetur, quia prius creditores sint hereditarii, id est quia prius obligatio sit profecta a defuncto. Tunc proprie dicendus est heres obligari ex quasi contractu, cum [3] nulla alia caussa est ejus obligandi, quam quod ipse contraxisse videtur. Quo modo obligatur legatariis et fideicommissariis, quibus quid ab herede præstandum relictum est: quæ ideo sola adversus heredem statuitur obligatio ex quasi contractu in §. *heres*, *Inst. de obligat. quæ ex qua. contr.* Nam legati nomine nunquam obligatus fuit testator: ac nec potest obligari: sive quod legatum a se præstari non vult, sed ab alio; sive quod si vellet a se præstari, ea voluntas sola eum non obligaret; cum ne pacto quidem et consensu quisquam obligetur. Quo fit, ut heres primum obligetur legatariis. Cum quibus si nihil contraxit, si adversus hos nihil deliquit, restat, ut his obligetur quasi ipse primum velut contraxisset. Obligationis autem ratio, agnitio supremæ voluntatis, ut dixi; voluntatis, inquam, quam ratam haberi publice interest. Atque hinc actio in personam. Quod genus cum ad persecutionem legatorum pertineret, de eo in legatis dicere necesse habuimus, et quantum satis est, diximus. *Lib.* 8. *Cap.* 36. Tantum notandum erit, caussam hujus tum obligationis, tum actionis ad hunc locum; vim et usum ad legata pertinere.

VII. Non solum hoc genere quasi contractus obligatur heres legatariis et fideicommissariis, sed et legatarii singularum rerum, a qui-

3) Atque hæc obligatio non ex sola dispositione testatoris, sed voluntate heredis adeuntis. Unde refert Lud. Vital. 2. *Var. Lect.* 22. *n.* 9. heredem nec naturaliter obligari ad præstanda legata integra citra detractionem Falcidiæ eo quod ultra consensum suum (voluntatem dicere debuerat. Nec enim vere consensus, nec proprie etiam consentit testatori, quia non in idem tempus, vid. *supra Lib.* 12. *C.* 10. *N.* 5.) adstringi non debet.

quibus etiam testator quid præstitum voluit. Nam et adversus hos eædem actiones constitutæ sunt hujus legati et fideicommissi nomine, quæ adversus heredes de iis quæ ab heredibus relicta sunt. *L.* 1. §. *pen. C. com. de leg.* Obligationis ratio quæ supra, in agnitione voluntatis defuncti, dum legatum ab eo datum admittitur, suscipiturque ejus voluntatis commodum et incommodum. Et de eo scripsimus eodem illo *Cap.* 36. *Lib.* 8.

CAP. XV.

Rerum alienarum administrationis genera tria, quæ. Initium ab administratione earum rerum voluntaria, ex qua est obligatio et actio quæ dicitur negotiorum gestorum: Ac primum in ea de directa hujus generis actione. Quid in eam veniat; Cui; Adversus quem competat.

Administratio alienarum rerum triplex, et quæ: partitio omnis breviter explicata. I.
Voluntaria rerum alienarum tractatio obligationem negotium gerentis, et ejus, cui gestum continet. II.
Negotium gerens tantum gerere debet, quantum gerendum suscipit; inde in illo gesti et non gesti obligatio. III.
Gesti obligatio, de his quæ ad eum ex administratione pervenere, et de his quæ male gerendo corrupit. Utraque præstatio qualis. IV. V.
Non gesti, de eo quod acquirere potuit nec acquisivit; et de eo magis quod periit ipsius culpa. VI.
Culpa et quidem non lata, sed levissima, et quare. VII.
Interdum tamen lata dumtaxat; et quando. VIII.
Quid actio negotiorum gestorum; et qua ex caussa nascatur. IX.
Cui prodita, et adversus quem. X.

I. RErum alienarum tractatio omnis etiam ipsa per se sine mutuo consensu obligationem parit: sed obligationem non unius modi. Ea generibus tractationis distinguitur. Omnis rei alienæ sive tractatio sive administratio aut [1] Voluntaria est, aut Necessaria, aut Mista. Voluntaria est, cum quis absentis negotia nulla necessitate publici muneris aut rei suæ familiaris coactus gerenda suscipit. Ex quo est ea obligatio et actio, quæ dicitur negotiorum gestorum. De qua in in §. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* et *Tit. de negot. gest. D.* et *C.* Necessaria est, quæ muneris publici necessitate alicui imponitur. Cujus generis in tutoribus tutela, in curatoribus cura, sive curatio. Unde actiones tutelæ inter pupillum et tutorem, illi directa, huic contraria. *D. de tut. et rat. distrah. act.* et *Tit. de contrar. et util. tut. act.* Inter curatorem autem, et eos, qui ejus curæ commissi sunt, negotiorum gestorum utilis itidem directa et contraria. *L. quidquid, C. arb. tut. L. curatoris, C. de negot. gest.* Mista rerum alienarum tractatio est in iis, inter quos est ejusdem rei communio, aut confinitas constituta: sive ea hereditatis est communio, sive rerum singularum. Hereditatis inter heredes: unde obligatio et judicium familiæ erciscundæ. Rerum singularum, ut inter socius unius rei. Unde obligatio et judicium communi dividundo. Est et inter confines: unde judicium finium regundorum, de quibus omnibus dicetur suo ordine. Harum rerum tractationem et administrationem mistam dicimus, dum hoc intelligi volumus partim voluntariam esse, partim necessariam. Et est omnino ita. Sed cum facile intelligi non possit nisi partibus hujus obligationis, et earum conditione cognitis, nos hujus verbi rationem in eum locum, in quo de eo genere agitur, rejiciemus. Nunc de obligatione singulorum generum, uti hæc a nobis proposita sunt, dicere incipiemus.

II. In his prima occurrit voluntaria rerum alienarum tractatio. Hæc etsi ignorante, et nec consentiente domino suscipitur: tamen non minus quam in mandato duorum obligagationes recipit. Nam et obligatur is qui quid gerendum suscepit: et vice mutua, quod prima fronte mirum videatur, obligatur is quanvis

1) Hinc Ciceroni *in Bruto* negociorum gestorum dicitur voluntarius procurator, et voluntarium negotium gerere *L.* 9. §. 6. *de reb. auct. jud. poss.* Cujac. 10. *Obs.* 25. Et passim procurator appellatur *L.* 24. *h. t.* et quidem eam accipiunt, Gilb. Reg. 2. *Enant. ult.* Pac, 2. *Quæst.* 60. *et* Gifan. *ad L.* 13. *de acq. do. n.* 5. *et ad L.* 54. *Cod. t. n.* 2. *L.* 22. §. 2. *et* §. 8. *Rat. rem hab. L.* 58. *cir. fin. pr. de solut. p.* 314.

vis ignorans, nec postea ratum habens, cujus negotium gestum est. Quæ cum obligationes ut personis ita rebus distincta sint, de his separatim dicendum est.

III. Qui alienum negotium gerere instituit, is duarum rerum suscipit in se obligationes, gesti, et non gesti. Gesti semper. Non gesti ita demum, si quid gerere debuit, et non gessit. Quid gesserit quisque in facto positum est. Et ut inciderit quidque, quale id sit, res ipsa probabit. Quid autem gerere debeat quisque in rebus alienis sponte susceptis, positum est in jure; quod et inde sumi oportet. De quo sic habendum est. In voluntaria negotiorum administratione, tantum gerere quisque debet, quantum suscepit gerendum. Sane enim susceptum explicare et consummare debet. Novum autem inchoare non habet necesse. *L. nam et Servius*, 21. §. *si vivo*, *D. de neg. gest.* Nec nos moveat tutorum et curatorum exemplum, qui de omnibus, quæ versantur in bonis pupillorum, et adolescentum ac similium, tenentur. Bene enim ad hæc munera distinguenda ita scriptum est in *L. tutori*, *C. de negot. gest.* tutoribus quidem et curatoribus necessitatem muneris administrationis finem facere: ei autem qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, propriam voluntatem: ac satis abundeque sufficere, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Quæ ratio Papiniani fuit in eadem re, ut refertur in *L. tutores*, 39. §. *qui se*, *D. de adm. tut.* Sane si quis ita quædam gerenda suscepit, ut ejus contemplatione alius ad ea negotia non accederet, vir, alioqui diligens, qui omnia gesturus fuerit: placet eum, qui quædam tantum gessit, etiam de his quæ non gessit, quanvis non suscepisset [2] teneri. *L si pupilli*, 6. *ult. D. de neg. gest.* Merito: sic enim apparet per eum factum esse, quo minus omnia recte gererentur.

IV. Gesti obligatio duas præstationes continet. Una est de his quæ ex ea administratione ad gerentem pervenerunt. Altera de his, quæ male gerendo corrupit. De priore ita scriptum est in *L.* 2. *D. de neg. gest.* debere eum, qui gessit restituere, si [3] quid ex his negotiis retinet. Quid est autem, quod ab eo retinetur? nempe quod ad eum pervenit, neque restituit. Quod autem dicitur ex his negotiis, sic accipiemus, non tantum si quid acquisiit ex rebus domini, ut fructus, ut pecuniam, quam solutam ejus nomine accepit: sed etsi quid extra eas res, per occasionem tamen administrationis pervenit. Itaque etsi quis fundum meum petens meo nomine, quasi ei mandatum esset, ut peteret, consecutus sit et eum fundum, et ampliores fructus, quam oportuerat, placet eum debere utrumque mihi præstare, quanvis fructus consequi non debuerim. *L. si autem*, 8. §. 1. *D. de neg. gest.* Idemque placuit, in eo, qui nomine meo exegit pecuniam indebitam, cujus exactionem postea ratam [4] habeam. *L. si pupilli*, 6. §. *item quæritur*, *L. si quis negotia*, 23. *D. eod.*

V. Male gesti damnum semper præstabit, qui negotium gerit. Veluti, si arbores succidit, si ædificia diruit, ut meliora judicio suo reponeret; si pecuniam domini male collocavit, si novam negotiationem instituit. Et quidem in his omnibus ita, ut non solum dolum et culpam præstet, sed etiam casum, ut si quod damnum ex eo, quod instituit, secutum fuerit eum sequatur: lucrum vero absentem. Sic tamen, ut si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum; absens lucrum cum damno [5] pensare debeat. *L. si negotia*, 11. *D. de neg. gest.* Nec audietur ejus excusatio in his, quæ fecit, si dicat, se bono animo et sedulo fecisse, quæ instituit. Recte enim illi regeretur ex adverso, quod præclare scriptum est ex Cajo in *L. idem*, 8. *D. ad leg. Aquil.* non debuisse quemquam suscipere id, in quo intelligeret,

2) Pac. 2. Q. 24. Et sic accipit *L.* 8. *pr. h. t.* et repetendum ex *d. L.* 6. §. *ult.* quod alioqui alius ad ea negocia accessurus. Nec initium *d. pr.* usque ad vers. *ideo* Triboniano adsignandum, ceu vult Ant. Fab. *ibid.* quia, inquit, etsi alius accessurus, tamen nec is sine mandato agere potuisset. Imo potuisset, inquam, præstita cautione rati.

3) Ut et fructuum ex illis rebus, vid. Jo. Copus *Lib.* 3. *de Fructib. Tit.* 5. *Cap.* 2.

4) Atqui si ratum habuerit quod gestum est dominus, mandati actio oritur lege sexagesima de R. I. cum ratihabitioni sit vis mandati. Resp. Vulgo negotiorum gestorum actionem dari *d. L.* 6. §. 9. *d. L.* 9. *C. h. t.* quando dominus non scit geri, et ratihabitio sequitur. Secus quando geri scit, nec contradicit *L.* 6. §. 2. *Mand.* Quod displicet Cujac. ad *d. L.* 66. putanti utramque actionem concurrere, quia ratihabitionis duplex vis. Ut alienum negocium meum faciat, et ut vim mandati habeat. Male Ant. Fab. ad *d. L.* 6. §. 9. ideo ibi actionem mandati non dari quia ratihabitio comparatur mandato, quoties negocium gestum ejus, qui ratum habet. Ibi autem alterius negocium licet ejus contemplatione ubi necesse est, prius faciat negotium suum, qui ratum habet, quam ut mandati vis ratihabitioni tribuatur, et fere P. Fab. ad *d. L.* 60. Pac. 2. Q. 53. utramque responsionem fere conjungit, ut si negocium gestum ejus qui ratum habet, illius nomine: sit mandati *d. L.* 60 et negociorum gestorum *L.* 9. *h. t. L.* 50. *pr. Mand.* actio. Sin non illius nomine, negotiorum gestorum actio *d. L.* 7. §. 9. *et seq. h. t.* Sed Gregor. Lopez. *Animadv. C.* 31. *n.* 2. ratihabentem quidem cujus negocia gesta sunt, teneri actione mandati contraria *d. L.* 60. Non autem contra eos qui negocia gesserunt, dominum ob ratihabitionem suam actione mandati directa experiri, sed negociorum gestorum *d. L.* 6. §. 9. *D. L.* 9. *C. h. t.* Cui accedo. Plus enim aliquando esse potest in actione mandati, maxime si ponas ut quidam volunt, vid. *N.* 6. in negotiorum gestorum actionem non venire damnum levissima negligentia datum, quod venit in actionem mandati. Nec suo facto quis efficere potest, ut arctius obstrinctum habeat reum. Ratihabitio sequuta novam mandati obligationem, ei, qui negocia gessit, parere potest, idque rationis est, non vero ipsi ratum habenti, ne suo facto alium nolentem obliget.

5) Obstat, *L.* 25. §. 1. *L.* 26. *Pro soc.* Resp. Ant. Fab. *ad d. L.* 9. dissentionem statuit recte Costal. *ibid.* loqui *d. L.* 9. de damno ex casu sequuto, ut ex verbis aperte liquet. Sed *d. L.* 25 *et d. L.* 26. de damno ex culpa orto, ut verba ipsa evidenter ostendunt.

ret, vel intelligere deberet imperitiam, vel imbecillitatem suam alii periculosam futuram.

VI. Non gesti item duæ præstationes. Nam et quod is qui gerendum negotium suscepit, negligentia sua perire passus est, et quod cum acquirere posset, non acquisiit, utriusque rei nomine pariter tenetur, ut quod hic amissum est, præstet, in omnibus præstando et dolum et culpam. Quorum utrumque præstare eum debere generaliter traditum est *d. L. si negotia*, 11. *D. de neg. gest.* §. 1. *Inst. de oblig. quæ ex quas. contr.* Et si lucri omissi ratio hic habetur, satis argumenti erit, multo magis damni negligentia dati rationem haberi oportere: cum damni ratio sit potior. *L. ult.* §. *pen.* in fin. *C. de cod. L. non debet actori.* §. 1. *D. de reg. jur.* Atqui et de priore constat. Quam ad rem accomodatum est hoc exemplum, de quo compluribus locis responsum est. Debitor creditoris sui absentis negotia gerenda suscepit. In suscepta administratione hoc ad curam ejus pertinet, ut si quid domino negotii debetur, et exigere potest, id exigat, et exactam pecuniam prout licebit, recte collocet. Et quidem ab aliis exigere non potest, qui mandatum domini ad exigendum non habet. Sed a se potest exigere, quod ipse debuit. Quod nisi facit, exinde ex quo potuit id facere, placet eum idem ipsum debere incipere negotiorum gestorum actione: neque id sine certo effectu. Nam si prius debitum usurarium non fuit, incipiet esse usurarium. *L.* 6. §. *ult. D. de neg. gest.* utpote deberi cœptum judicio bonæ fidei, qualis est actio negotiorum gestorum. §. *actionum autem*, *Inst. de act. L.* 7. *D. de neg. gest.* At quas ad usuras præstandas usurarium? Non utique ad eas, quæ ex mora præstari solent: sed ut debitor statim incipiat debere eas, quæ ex more regionis confici potuissent, si pecuniam a se exigisset, et collocasset, ut debuit. Ad hanc summam referri debent hæc capita. *d. L.* 6. in fin. cum *L. seq. L. divortio*, 35. *L. litis*, 37. §. 1. *L. qui sine*, 38. *de neg. gest.*

VII. Hac parte præcipiendum est, eum qui quod gerere debuit, omisit, neglexitve, non tantum eo nomine teneri, si quid consulto in eo peccavit, aut lata culpa, sed etiam si quid per imperitiam, socordiam, aut imbecillitatem. Denique diligentiam ab eo exigi, non quantum rebus suis adhibet, si forte in suis est negligentior; sed quantum diligens, atque adeo diligentissimus suis rebus [6] adhibere consuevit. §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* ut consequens sit, si hanc non adhibeat, id est si quid omittat, quod ad rem conservandam augendam facto opus fuit, eum omnis ejus negligentiæ et desidiæ nomine teneri. Quod recte constitutum est a veteribus. Nam quod dicitur, nulli officium suum, quod non sua, sed alterius gratia susceperit, debere esse damnosum; *L. si servus*, 51. §. *quod vero*, *D. de furt.* item, cum in negotio, quod geritur, versatur solius creditoris utilitas, nulla debitoris, toties a debitore dolum, non etiam culpam præstari, ut in deposito. *L.* 5. §. *nunc videndum*, *D. commod.* Etsi utrumque tale est, ut officio ejus conveniat, qui officii caussa negotium alienum domino gerit, non sibi: tamen utrumque sic accipiendum est, nisi qui negotium gerit, negotio gerendo se obtulerit, ut in deposito ipso receptum est, *L.* 1. §. *sæpe*, *D. dep.* et præterea nisi culpa officium susceptum præcesserit. Nam et casus fortuitos dicimus a nemine præstari, sed cum hac exceptione, nisi ejus culpa casui caussam dederit. *L.* 5. §. *quod vero*, *D. commod.* §. *item is*, *Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Quorum utrumque intervenit in eo, qui ad negotia aliena sua voluntate gerenda accessit. Eum quidem

se

6) Consentit Cujac. *not.* 1. *Sent. Pauli* 4. §. 1. et 2. *diff. Modest. in L.* 23. *Depositi*, quia aliena negocia suscipiens hoc in se recipere videatur, se omnem curam diligentiamque adhibiturum, ideoque quasi ex sua voluntate culpæ levissimæ nomine teneatur, et Vult. (1) *Disc.* 15. urgens voculam *quisque* in *d.* §. 1. *in fin.* Regulam igitur illic tradi ut plerumque exactissimum diligentia præstetur, quam exactam interpretari cum DD. nimis sit divinatorium. (2) *L.* 24. *Cod. de Usur.* verbis omnem diligentiam, quæ cum de femina sit, et quidem matre, longe majori ratione obtinebit in viro et extraneo (3) *L.* 11. *D. hoc tit.* ubi culpæ nomine *levissimam* quoque comprehendi subsequens casus oppositio convincit. Et alias non plene exposuisset IC. quid culpæ casusve nomine præstandum, si levissimam omisisset. Accedit quod culpa simpliciter omnes species complectatur, nisi res subjecta aliud arguat, et nisi aliqua species excipiatur ut in *L.* 25, §. 16. *fam. erc.* (4) *L.* 21. *C. Mandati*, ubi generatim aliena negocia exacto, id est exactissimo, tum propter oppositionem sua negotia gerentis, qui et negligentissime in iis versari potest; tum per seqq. Faciunt illa Cic. *pro Roscio.* qui licet de mandato, ratione tamen cujus negotiorum gestioni communi. (5) Quia hæc regula DD. cum se quis gestioni obtulit levissimam culpam præstari. Objic. *L.* 20. *C. h. t.* Resp. Vult. in LL. Cod. argumentum non convenit a positione unius ad remotionem alterius, quia ad propositas preces rescriptæ, nec de culpa levissima ibi responsum, quia nec quæsitum. Alias pari ratione ex *L.* 22. *C. h. t.* inferri poterit levissimam culpam præstandam. Minus obst. *L.* 32. *D. h. t.* Quin oppositio casus arguit omnem culpam æstimari. Diss. Bocer. *ad L.* 23. *de R. I. C.* 4. *n.* 12. *in fin.* tum demum hoc admittens, si alius adfuit negocia diligentius gesturus, per *d.* §. 1. et M. Ant. Delrio *ad d. L.* 13. *C.* 14. quia puro amore absentis commotus videatur accessisse: Nec si exactissime diligentiæ adstringimus negociorum gestorem facile quisquam ea gesturus. Unde indefensa sæpe relinquentur, et peribunt. Sed Resp. Vult. jura certis rationibus constituta, ex dubiis eventibus æstimari non debere. Nec credendum eum cujus negocia gesta sunt ab amico, ita rigide cum ipso acturum; quin si de animo gerentis benevolo constet, forte ex æquitate actionem summo jure strictiorem temperandam fore arg. *L.* 3. §. 9. *h. t.* Sane si quod hujus rationis momentum, non video cur non et in mandato obtinere idem debeat, quod tamen dissentientes ipsi negant. Neque enim fere mandatur nisi, amico, vid. *supra Lib.* 13. *C.* 12. *N.* 1. nec ab initio major suscipiendi mandati quam negocii sine eo gerendi necessitas. Quia ibi imputandum aliquid posse vid tur mandati quod non diligentiorem quæsierit, hic plane nihil.

se negotiis gerendis offerre notum est. Atque hoc qui facit, de sua industria et facultate rei gerendæ quodammodo polliceri ac recipere videtur; ut non sit iniquum eum sua lege et velut pollicitatione teneri. Culpam vero ejus in suscipiendo confirmat regula juris, qua traditur, Culpam esse immiscere se rei ad se non pertinenti. *L. culpa*, *D. de reg. jur.* Quod sic intelligendum est, ut sit culpa, si non per omnia recte gesturus sis, et officio tuo alteri noceas: quod omni jure facere prohibemur, *L. solvendo*, 39. *D. de neg. gest.* Ac de eo, qui non recte gerat, loquimur. At non item culpa est, si quid geras utiliter, et domino prosis. Laudandum officium potius, et cum utilitate publica conjunctum, absentes defendere, eorumque res, quantum possis, tueri. *L. servum*, 33. §. *publice*, *D. de proc.* Quod si naturæ lex et ratio dictat, hominibus inter nos cognationem quandam mutuam constitutam esse, quod Florentinus scripsit *L.* 3. *D. de just. et jur.* culpa sit potius, ubi tueri et gerere aliena negotia recte possis, hoc officium omisisse.

VIII. Interdum tamen, qui negotium alienum gerendum suscepit, dolum solum præstat, nedum ab eo exacta diligentia exigatur. Quod tum æquum esse visum est, cum quis ad res absentis accessit alioqui perituras, eo quod nemo alius his gerendis se offerret. Veluti, si quis ne absens bonorum distractionem pateretur, negotiis se ejus obtulerit. *L.* 3. §. *interdum*, *D. de neg. gest.* Et certe culpa nulla est in eo, qui rei ab aliis destitutæ pro suo captu subvenire maluit, quam sinere eam amitti. Qua affectione ductum ultra teneri, quam sciat, et potuerit, valde iniquum est. Nec queri debet dominus sibi injuriam fieri, cum alioqui et isto, qui ad gerendum accessit cessante, res peritura fuerit.

IX. Atque hæc obligatio est: et in ea obligatione hæ præstationes, quibus tenetur is, qui negotium alienum gerendum suscepit. Quarum obtinendarum caussa est actio, quæ ex re dicitur negotiorum gestorum. Actio ita voluntariæ administrationis propria, ut ex alia quavis rerum alienarum tractatione non competat. Nam si mandatum domini negotium geritur, cessat hæc actio, et est mandati. §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr. L. si filius*, *C. de neg. gest.* Si qua necessitas est rei gerendæ; sive ea est necessitas muneris publici, est aut tutelæ actio adversus tutores, aut utilis actio negotiorum gestorum adversus curatores, ut postea dicetur: sive nascitur hæc necessitas ex rerum communione, est eo nomine inter heredes judicium familiæ erciscundæ, inter socios rerum singularum actio communi dividundo. Inter confines judicium finium regundorum. Et quidem ita, ut quibus casibus istis actionibus locus est, negetur iisdem casibus actio negotiorum gestorum competere. [7] *L. heredes*, 25. §. *non tantum*, *D. fam. erc.* Scriptum tamen est in *L.* 3. §. *hac actione*, *D. de neg. gest.* hac actione teneri solum eum, qui sponte et nulla necessitate immiscuit se negotiis alienis, et ea gessit: verum etiam eum, qui alioqui necessitate urgente, vel necessitatis suspicione gessit. Idemque scriptum est in *L. ob negotium*, *C. eod.* Sed quod dicitur de necessitatis suspicione, superioribus nihil adversatur. Nos enim veram necessitatem gerendi quærimus, quæ hanc actionem excludat. Non est autem vera [8] necessitas in eo, qui re vera gerere non cogitur, etsi se cogi existimat: qualis est liber homo, qui bona fide serviens rem sibi a possessore mandatam exsequitur: quasi ex necessitate servili. *L. atqui*, 19. §. *si libero*, *D. de neg. gest.* ad quam necessitatem referri potest species *L. ob negotium*, *C. eod.* qualis is, qui postumo tutor datus, dum is speratur nasciturus, interim tutelam administravit, et postumus natus non fuerit. [9] *L. cum pater*, 29. *D. eod.* et generaliter quisquis tutorem se existimans pro tutore negotia gessit, cum certum esset eum tutorem esse non posse aut non posse esse ejus, cujus negotia administravit. *L. militiæ*, *C. qui dar. tut. vel cur. poss.* *L.* 1. §. *si quis quasi*, *D. de eo, qui pro tut.* Alioqui in re incerta est adversus eum pro tutelæ actio. *d. L.* 1. *de eo qui pro tut.* Quod autem de necessitate urgente dicitur, etiam in hac locum esse actioni negotiorum gestorum, non de ea necessitate accipiendum est, quæ fuit in persona gerentis, de qua prius locuti sumus: sed de

7) Cui obst. *L.* 3. *C. h. t.* Sed vid. Cujac. 26. *Obs.* 36. Pac. 2. *Q.* 65. Bron. 2. *Ass.* 15. Greg. Lopez. *Animadv. C.* 30.

8) Nec recte Treutler. *P.* 1. *Disp.* 10. *Th.* 2. necessario gerentem vel necessitate urgente vel suspicione necessitatis facere, atque ita species necessitatis quasi constituit. Veram et putativam. Putativa namque non est necessitas. Quando enim duo Prædicata uni subjecto attributa sibi invicem repugnant, utrumque seorsim de subjecto prædicari nequit, ut Logici docent. At pugnat cum necessitate opinio. Necessitas quippe ex ipsa rei veritate, non opinantis persuasione, maxime erronea, æstimatur. Nec, ut Aristoteles *in post. anal.* opinio est rei necessariæ. Sed nec Donellus quoque recte eam ad voluntariam gestionem refert. Qui enim putat se necessario teneri, utique libera voluntate, ac sponte non exsequitur, ut aperte ipse IC. *d. L.* 19. §. 2. ubi vocat quasi necessitatem. Et quasi necessarii hi gestores. Wesenb. *in Par. C. h. t. n.* 2. Oldend. *Gl.* 4. *Act.* 25. *n.* 4.

9) Quæ tamen actio non directa, sed utilis. *L. pen. de tut. et rat. distr.* Pac. 2. Q. 61. A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Princ.* 8. *Ill.* 31. Diss. idem ad *d.* 29. utilem in *d. L. pen.* subsidiarum in factum exponens, et Jurisconsultos dissensisse scribens.

de ea, quæ fuit in re administranda, ubi scilicet res fuit eo statu, ut necesse esset eam statim geri, aut perire. Nec adversatur, quod de exsecutore scriptum est in *d. L.* 3. §. *si exsecutor, D. de neg. gest.* si exsecutor a prætore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dari mihi adversus eum [10] actionem. Nulla enim necessitate is mihi dolum facit, sed volens et sponte; ut merito talis administratio ad hanc actionem pertineat.

X. Est autem hæc actio de superioribus præstationibus directa, proposita domino negotii suscepti, adversus eum, qui gerendum suscepit. §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* Et quidem omnibus datur, ad quos negotium pertinet, puta etiam pupillis et furiosis. *L. si a furioso*, 24. in fin. *D. de obl. et act.* Sed et adversus eum qui gessit: si modo is erit, qui jure possit obligari. Nam pupillus si negotium alienum gerat, non tenetur, nisi quatenus ex ea caussa locupletior [11] factus est. *L.* 3. §. 1. *D. de neg. gest.* quippe qui nec ex aliis caussis sine tutoris auctoritate longius obligatur. *Inst. de auct. tut.* Quod multo magis in furioso diceremus, si in eo esset aliquis gerendi sensus. Qui cum in eo nullus sit, stulte moneremus, si quid alieni gessisset, eum non teneri, cum non possit esse hoc animo, ut quidquam gerendum suscipiat. Multo minus teneatur servus, si quid alieni gesserit: cum servi nisi ex delictis jure civili non obligentur. *L. servi*, 14. *D. de obl. et act.* Itaque nec manumissus eum actum quem in servitute egit, cogitur reddere. *L. eum actum*, 17. *D. de neg. gest.* Quemadmodum et in cæteris caussis omnibus hoc juris est, ne servus ex suo facto etiam post manumissionem teneatur. *C. an serv. pro suo fact. post. manumis. ten.* De quo scripsimus supra *Lib.* 12. *Cap.* 22. Sic tamen de eo, quod in servitute servus gessit, post manumissionem non tenetur, si manumissus in ea administratione non perseveret. Quod si perseverabit, et negotium ita connexum erit, ut separari ratio ejus, quod in servitute gestum est ab eo, quod in servitute gessit, non possit, veniet in judicium vel mandati, vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est. Hoc Ulpianus in *L. eum actum*, 17. *de neg. gest.* cui congruit, *L. si cognati*, in fin. *C. eod.*

CAP.

10) Recte. Nec enim alia intelligi potest, secundum titulum quo *d. L.* 3. §. 8. posita. Vital. 1. *Var. Lect.* 12. Atqui *L.* 50. *de evict.* habetur actionem de dolo dari; ergo. Unde A. Fab. *in d. L.* 3. §. 8. censet *ibidem* quoque intelligi actionem de dolo: (1) quia nequeat dari actio negotiorum gestorum. Nec enim id agit exsecutor ut gerat negocia condemnati, sed ut parcat Prætori. (2) quia in *d.* §. 8. non dicitur *hæc* actio. (3) §. *interdum* 9. non accommodate sequeretur. Indicat igitur interruptum fuisse tractatum de negotiorum gestorum actione. Alias dixisset Ulpianus. *In hac autem actione*, *etc.* Sensus igitur *d.* §. 8. cum §. *seqq.* quam eidem conjungendam ac uno spiritu legendum vult. Faber. Quemadmodum dolus in negocio meo admissus aliquando tribuit actionem de dolo, ita et aliquando in negotiorum gestorum actione solum dolum vindicari. Ita Faber, et male, dum et ex duabus §§. unam facit; serie ipsa orationis refragante et incommodam instituit comparationem. Neque enim quod in §. 9. est, infertur ex §. *præced.* aut illi ulla ratione non dicam consequens, sed confine est, verum nova species tractatur. Recte autem Pac. 2. *Q.* 50. cum quo in effectu convenit Vit. *C.* 12. dist. Si dolo isto læsus creditor, actio negotiorum gestorum *d.* §. 8. quia ejus caussa et contemplatione negotia gesta; Sin debitor, non potest dici negocia illius gessisse, cum invitus exsecutionem patiatur. Ergo de dolo actio *d. L.* 50. ut ibi probant verba extrema: *dominio rei.*

11) Ubi Cujac. 13. *Obs.* 7. pro *pupillus* substituit *pupilli.* Non necessario, quia utrolibet modo legas, sententia vera, ac emendationi resistunt verba sequentia. A. Fab. *dd. d.* §. 4. Cur autem tutor contra pupillum in solidum experiatur, negotiorum gestor non item; vid. Lud. Vital. 1. *Var. Lect.* 11.

CAP. XVI.

De contraria actione negotiorum gestorum prodita ei, qui negotia aliena gessit, adversus dominum etiam ignorantem; Quam recte prodita: Quando, quibusve conditionibus; Quibus de rebus; Adversus quos competat.

Recte, et utilitatis caussa contraria negotiorum gestorum actio adversus dominum rei gestæ vel ignorantem comparata. I.

Sed ea tamen lege, ut negotium quis utile gesserit. II.

Et præterea non obnuntiaverit dominus. III.

Item nec alius gratis administrationi se obtulerit. IV.

Aut gerens donandi animo fecerit. V.

Animus ille declaratur aut verbis aut indiciis. VI.

Indicia vero ducuntur aut ex opinione gerentis aut affectu. VII.

Ex opinione qui rem alienam bona fide possidens tanquam suam meliorem reddidit: hic retentionem habet, non actionem. VIII.

Multo minus habet qui in alienam rem sciens impendit, tanquam suam possidens, secus si ut alienam et quare. IX.

Ex affectu donantis animo utile gerit, qui aut pietatis ergo, aut caritatis, vel amicitiæ caussa facit: et qui sint ejusmodi. X.

Si pater aut mater quid erogarint in liberos repetendi animo: interest an impenderint quod jure debebant, aut secus. XI.

Superioris actionis præstatio duplex. Et id quod abest, et quod abfuturum est ei qui utilem rem gesserit præstatur. Quale utrumque. XII.

Cui et adversus quos prodita actio negotiorum gestorum. XIII.

I. Etiam ex negotio gesto sua obligatio est ejus, cujus negotium gestum est, qua tenetur ei qui gessit. Unde et huic negotiorum gestorum actio contraria, sed suis conditionibus. De quibus mox, si prius dixerimus, quam recte sit hæc actio adversus dominum negotii constituta. Nam illa quidem directa, quæ datur in eum, qui gessit, non sine certa ratione constituta est. Cum enim ad negotium alienum gerendum accesserit, et accesserit volens: utrumque hoc æquum est, et volentem teneri, et ejus facto non lædi alterum. At dominum rei gestæ ignorantem teneri, durum et iniquum videri potest. Non enim convenit quemquam non consentientem alieno facto onerari. *L. de pupillo*, 5. §. *si plurium*, *D. de op. nov. nunt. L. in caussæ*, 27. in pr. *D. de proc.* certe non convenit obligari. *L. qui in aliena*, 6. in pr. *D. de acq. her.* Et ad hoc diluendum referri oportet rationem hujus juris, quæ apud Justinianum est in §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* Utilitatis caussa, inquit, id receptum est, ne absentium; qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione peregre profecti essent, [1] desererentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis intendisset, nullam habiturus esset. Significat hac ratione, non esse iniquum in hac specie adversus ignorantem actionem dari, si hoc fieri non modo ei nihil nocet, sed etiam dari utile est cum ipsi, in quem datur, tum publice cæteris omnibus in eadem caussa. Et recte: nam isto modo non oneratur absens, sed sublevatur. Obligatur absens, sed non est obligatio, quæ majore lucro pensatur. Ex quo reliqua collectio recte conficitur. Nam absentium, et eorum qui suis rebus superesse non possunt, negotia ab aliis non deseri; sed defendi, cum his privatim, tum omnibus publice utile

1) Vid. *L.* 5. vers. *ideo autem*, ubi luculenta ratio a Jurisconsulto redditur de *O. et A.* Hinc vero infert Lud. Vital. 1. *Var. Lect.* 10. absentiam esse caussam hujus edicti. Nec adversus eum, qui præsentis negooia gessit, hanc actionem dari sed actionem mandati quia eo ipso quod geri patitur, mandasse videatur *L.* 6. §. 2. *Mand.* Licet vero detur adversus pupillum furiosumque, illos tamen esse loco absentium. Sed Boçer. ad *L.* 23. *d. R. I. C.* 4. *n.* 12. competere hanc actionem etsi præsentis negocia gesta sine mandatu; ut adolescentis vel furiosi a curatore *L.* 3. §. 5. *in fin.* *L.* 6. *L.* 17. *C. h.* vid. tamen *infra C.* 22. *N.* 1. Vel pro tutore se gerentis *L.* 4. *C. Qui dare tut.* item in speciebus *L.* 11. *L.* 15. *C. d. t.* Caussa igitur impulsiva absentia, ut Accurs. *in d. L. h. t.* Putarem toties negotiorum gestorum actionem dari, si dominus negocii scivit nec prohibuit, quoties mandatum ejusdem intelligi nequit, ut in speciebus *dd. LL.* confer *supra Lib.* 12. *C.* 27. *N.* 1.

le est. *L. servum*, 33. §. *publice*, *D. de proc.* idque cum propter alias multas caussas: tum precipue propter eas, quæ referuntur in *L.* 1. *D. de neg. gest.* ne scilicet indefensi rerum possessionem aut venditionem, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem patiantur, aut injuria rem suam amittant. Si hoc utile, consequens est et hoc utile esse, sine quo prior utilitas obtineri non potuit: consequens denique, eum qui posterius voluit, velle etiam id, quod necessario antecedit. Hoc autem precedens illud est, ut ei qui negotium utiliter gesserit detur actio de eo quod impendit, sine quo ad absentis negotium nemo accederet. *L. illud*, 77. *D. de acq. her.* Quare et hanc actionem dari et privatim et publice utile est: perinde et eam introduci.

II. Sed ut hæc obligatio et actio injuria careat, prima hæc in ea constituenda conditio est, si is, qui negotium gessit, utiliter gesserit. Qui inutiliter gessit, is domino negotii actione tenetur, adversus eum actionem non habet. *L.* 2. *L. sed an ultro*, 10. *D. de neg. gest. L. si servum, C. eod.* Itaque si quis negotia aliena gerens, plus quam oportet, impenderit, placet eum recuperare posse id, quod præstari debuerit: sed nihil amplius, quasi impensum inutiliter. *L. si quis*, 25. *D. eod.* Utiliter gestum sic accipiemus, si vel initio cœptum sit utiliter; ut si ita cæptum sit, quanvis res casu effectum non habuerit, nihilominus eadem sit obligatio et actio: veluti si quis insulam alienam fulserit, aut animal ægrum curaverit, deinde casu postea exusta sit insula, aut animal perierit. *L. sed an ultro*, 10. *de neg. gest.* Quod tamen adversus cæteros negotii dominos valet; adversus pupillum furiosumve ita demum, si hi tempore litis contestatæ locupletiores facti reperiantur. *D. litis*, 37. *de neg. gest.* de quo amplius paulo post in ea parte, cum quæretur, adversus quos detur hæc actio.

III. Interdum tamen nec si quis negotium utiliter gesserit, obligatur is, cujus negotium gestum est. Tria sunt, quæ hanc actionem excludunt; Obnuntiatio domini; Oblata alterius gratuita administratio; et Gerentis voluntas. Obnuntiante et nominatim notante domino, si quis negotiis cujus se immiscet, ut maxime utiliter gerat, nulla tamen gerenti adversus invitum eo nomine actio est, ac ne utilis quidem negotiorum gestorum. *L. si pro te*, 40. *D. mand.* Quam sententiam, quod de ea re dissentio esset inter veteres, Justinianus edita nominatim de ea constitutione confirmavit. *L. ult. C. de neg. gest.* Erit igitur hæc actio adversus ignorantem, etsi hunc invitum sæpe dici legimus. *L. filiusfamilias*, 8. §. *invitus*, *D. de proc. L. invitum*, 5. *D. de servit. urban. prædior.* Adversus eum quo nominatim prohibente constet negotium gestum esse, non erit. Scilicet pro utilitate absentium hæc interpretatio voluntatis eorum accepta est, ut existimentur non moleste laturi esse, sed comprobaturi potius, et ultro gratias acturi, si quis negotia eorum utiliter gesserit: ut non in [2] invitos, sed volentes videatur ab initio actio constitui. At ubi aperte constat rebus integris nolle dominum negotia sub aliquo geri; aperte iniquum est repugnantem alteri obligari, quodcumque beneficium in illum collatum proponas. Quid enim? coges me beneficium a te accipere? Quid, si nolo mihi tecum quidquam negotii esse? Coges me, ut sit? Quid, si rem meam potius perire volui, aut pecuniam alibi collocare? an per te non licebit id facere? Iniquissimum, cum nulli præscribi debeat in re sua, quid metuat, aut quomodo jure suo utatur. *L.* 4. illic, *nec immerito*, *D. ad Treb.* Quod cum ita sit, bene hic ignorans dominus a nominatim repugnante distinguitur, etsi aliis in caussis etiam ignorans et aperte non consentiens pro invito habetur.

IV. Oblata alterius gratuita administratio eamdem hanc actionem removet. Quo intelligi volumus, quanvis rem utiliter quis gesserit: tamen dominum ei non obligari, si alius eos sumptus gratis facere paratum se ostenderit. *L.* 2. in fin. *C. de neg. gest.* Merito; prope est enim ut videatur inutiliter gestum, quod ita gestum fuerit: non quod per se gestum non sit utile, sed quod non utile geri ab isto, qui repetiturus sit, quod impendit; cum alius idem facturus fuerit sine domini dispendio.

V. Voluntas gerentis idem efficit, si is non

2) Bart. et Castr. *ad L.* 39. *h. t.* Hotom. *ad L.* 2. *C. de his qui in prior. cred. locum.* Accedit quod non obstante denunciatione negocium gerens, ex. gr. debitum alicujus solvens, donandi ac perdendi nummos solutos vel impensas in negocio factas animum habuisse censetur, arg. *L.* 7. §. 12. *de acq. do.* §. 30. *I. de R. D.* Ideo nec hæc actio, nec etiam alia ex æquitate, quia ob prohibitionem deficit æquitas, ut contra quosdam Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 11. Nec hic distinguit, an gestio post prohibitionem in delicti speciem cadat, ut quidam ref. Bart. et Castr. Nec ut Bald *in d. L.* 39. *n.* 2. an pro invito gestum sit in eo genere negociorum, quod ipso gestu, id est statim ab initio, nostrum ut uni detur actio, secus in aliis. Nec ut *ibid. n.* 3. an denuncians caussam habuerit prohibendi, ut quia gerere volens homo sit rixosus, cum quo nolit sibi negocium fieri. Sicuti accipit verba ultima *L.* 43. *h. t.* Nam ea *L.* 43. de ignorante domino, non prohibente. Et ea verba sic exponit rectius Ant. Fab. *ibid.* Si quod forte vicissim debitori naturaliter debebatur, quod compensare potuisset, vel si ob expensas habuisset retentionem, non vero actionem debito soluto. Excipiunt tamen quidam nisi pro medecina ægroti inviti expensum sit. Thomas Actius *de Privileg. infirmit. P.* 2. *lit. S. v. Solvens.* Quo facit arg. *L.* 6. *de appell.*

non hoc animo est, ut quod impendit, repetat. Quod fit, cum donandi animo alterius nomine quid impendit, aut donandi animo pro eo fidejubet. *L. si filius, C. de neg. gest. L. 4. C. eod.* Ut enim numeratio pecuniæ obligare solet accipientem; illic tamen non obligat, cum non id agitur, ut qui accipit, obligetur; *L. non omnis*, 19. *D. si cert. pet.* Sic multo minus erogatio quælibet obligabit absentem, cum quo nihil geritur, si qui erogat, non est hoc animo, ut absens obligetur.

VI. Et quoniam hunc animum hic admittimus, nempe huc res redit, ut quocunque modo declaretur hic animus gerentis, cesset adversus dominum negotiorum gestorum actio. Declaratur hic animus ut aliis in caussis, non tantum verbis, sed etiam re aliqua et quovis indicio voluntatis. Sic enim de eo, qui animo recusat hereditatem, traditur in *L. recusari*, 95. *D. de acq. her.* Verbis, cum quis aperte testatur, se quod in rem alienam impendit, non impendere animo repetendi, quod dubitationem non habet. Indicia hujus animi jure recepta in hac re genere duo sunt.

VII. Ducuntur enim aut ex opinione gerentis, aut ex affectu, quem gerit erga eum, in cujus rem impendit.

VIII. Ex opinione gerentis, si quis rem alienam bona fide possidens, in ea ædificaverit quid, plantarit, severit. Aperte his rebus fit melior conditio domini rei, omninoque negotium hoc totum utiliter ei geritur: qua quidquid inædificatur, plantatur, seritur, solo cedit, ac per solum domino soli, §. *ex diverso*, et §. *si Titius*, *Inst. de rer. divis. L. si quis sciens*, *C. de rei vind.* Placet tamen eum, qui hæc fecit, de sumptibus a se factis retentionem rei habere: re autem sumptibus non deductis restituta, actionem non habere: servare, inquam, eos sumptus posse per retentionem rei possessæ opposita doli mali exceptione ei, qui rem sibi restitui postulet non solutis sumptibus. Quod si ultro rem restituerit sumptibus non deductis, de his postea agere non posse. Sententia est constanter tradita his locis. *L. Paulus*, 14. *D. de dol. mal. exc. L. sumptus*, 48. *D. de rei vind. L. si in area*, 33. *D. de cond. ind.* De quo plura dicemus inter actiones in rei vindicatione. Cur ergo in hac specie re, ut apparet, utiliter domino gesta, non etiam ei, qui sumptum fecit, eadem actio est, quæ cæteris? Rationem reddit Paulus in *L. in hoc judicium*, 14. §. *quæ cum ita sint*, *D. com. divid.* Quia in hoc errore qui in rem tanquam suam impendit, neminem sibi obligare voluit. Quo in loco ut intelligatur Paulum non relinquere possessori ad sumptus superiores recuperandos ne utilem quidem actionem, observemus cum de utili judicio ibi disputare. Sed satis omnem hanc actionem removet tam utilem, quam directam, qui hos sumptus dicit servari non posse nisi per exceptionem. Quod expressum est in *d. L. si in area*, 33. *de cond. ind.* et *d. L. Paulus*, 14. *de dol. exc.*

IX. Si repetendi animus non est in eo, qui rem alienam suam putans in eam superiores sumptus fecit; quam ob caussam et denegatur ei actio negotiorum gestorum: ne in eo quidem inesse putandus est, qui sciens rem alienam esse, tamen in eam non tanquam alienam, sed tanquam suam eosdem sumptus fecit. Ista enim opinione nec alium quemquam sibi obligare voluit. Ideo et huic quoque denegatur horum sumptuum nomine actio. Quidni, cum denegetur ei ad eos retinendos etiam exceptio? Et merito utrumque, cum ignorantem possessorem bona fides tueatur: scienti autem solum alienum esse, possit objici culpa, quod temere ædificaverit, aut simile quid fecerit in eo solo, quod intelligebat alienum esse. Hoc in *d.* §. *ex diverso*, in fin. *Inst. de rer. divis.* Sed meminerimus hoc dici a nobis de eo, quem constet rem alienam tanquam suam possidere. Non est in eadem caussa, qui ad rem alienam tractandam tanquam alienam accedit, etsi id faciat lucri sui, et deprædandi caussa, puta ut fructus ad se transferat. Cum constet hunc etiam opinione et voluntate sua ad negotium tanquam alienum accessisse, merito placet etiam ei negotiorum gestorum actionem dari etiam de eo, quod in id negotium impendit. *L. si pupilli*, 6. §. *sed etsi quis*, *D. de neg. gest.*

X. Ex affectu gerentis animus non repetendi conjicitur, cum quis pietatis, caritatis, aut amicitiæ officio fungens aliquid in aliquem impendit. Qui affectus pro qualitate personarum æstimatur. Admissa est hæc conjectura voluntatis in his personis: In [3] patre, et matre, cæterisque parentibus, qui in liberos quid impenderunt, dum aut eos alunt, aut bonis artibus instruendos curantes ad

3) Vid. Menoch. 2. *Arb. jud. QQ. Cas.* 88. et 3. *Præsumpt.* 50.

ad studia sumptus suppeditant. *L. 1. L. alimenta*, *C. de neg. gest. L. quæ pater*, 50. *D. fam. erc.* In vitrico, qui quid impendit in privignos privignasve. *L. si paterno*, *C. de neg. gest.* Nam et vitricus patris loco est, *§. affinitatis*, *Inst. de nupt.* In marito, qui impendit in uxorem. *L. quod in uxorem*, *C. eod.* In paternum amicum, qui amicitia paterna ductus pupillis tutores petiit, vel suspectos postulavit. *L. is qui*, 44. *D. eod.* Geruntur, ut dixi, hæc omnia ab iis, qui officio conjunctionis fungentes non alio animo esse videri possunt, quam ut huic officio satisfaciant, cui contrarius est animus repetendi. Nam repetendi spe proposita, etiam extranei idem facerent.

XI. Sed hæc conjectura est, inquam, cui solum locus est in re dubia. Quod si constabit patrem aut matrem hoc animo quid in liberos erogasse, ut repeterent, nisi quid jure facere cogebantur, sive dubio repetent. Puta, si testati sint se animo repetendi impendere, aut si in rationes expensi retulerint. *L. Nesennius*, 34. *D. de neg. gest. L. quæ pater*, 50. *D. fam. erc.* Sed et caussa atque occasio erogandi propositum erogantis distinguunt. Nam quæ filium necessitate aliqua rei suæ vel temporis aluit mater, non est, ut videatur materna pietate aluisse. Finge matrem, dum a marito peregre mortuo revertitur, liberos quos secum ducebat aluisse temporis caussa, quia illis viaticum deesset. Finge matrem in alimenta filii impedisset, cum prius filii negotia gerenda suscepisset. Habebit repetitionem, ut in has caussas disserit Paulus in *d. L. Nesennius*, 34. *de neg. gest.* Nam quod ad postremam ex superioribus caussam attinet, administratio negotiorum filii suscepta cogebat matrem omnia facere quæ ad tuendum filium, et res ejus pertinebant. Hæc necessitas animo donandi contraria est. Bene enim Modestinus, neminem in necessitatibus liberalem exsistere. *L. rem legatam*, 18. *D. de adim. leg.* Adjeci sic parentes qui filii caussa impendissent, quod quidem repeti vellent, ita repetituros, nisi hoc facere jure publico cogerentur. Nam quod quid facere cogitur legibus: si id faciat, solvit, quod debuit. Debiti autem soluti nulla repetitio est. *L. si non sortem*, 16. *§. pen. D. de cond. ind.* Merito: nam quod quis si sibi denegaretur, ultro petere potuit; multo magis si solutum ei erit, adversus repetentem habebit exceptionem ex regula juris *L. invitus*, *§. 1. D. de reg. jur.* Et ideo si filium in bonis nihil habentem mihi proponas, quem pater aluerit, eduxerit, bonis artibus instituendum curaverit; quantumvis testatus sit pater se ea quæ impendit ita erogare, ut aliquando repetat, non ea magis repetet: quia ista facere cogebatur. *L. si quis a liberis*, *§. 1. §. 2. §. si mater*, *D. de agn. lib. L. ult. §. ipsum autem*, et *§. filiis*, *C. de bon. quæ lib.* Idem de liberto dixeris, qui tutores filiis patroni petiit. Hoc enim facere libertus cogitur. *L. 2. D. qui pet. tut.* Quapropter si fecit, officio et obsequio liberti functus negotiorum gestorum actionem non habet, ut scriptum est in *L. officio*, *C. de neg. gest.*

XII. Atque hæc hactenus nos docent de obligatione et actione negotiorum gestorum contraria, quam recte constituta sit etiam adversus ignorantem: tum quando quibusve conditionibus sit constituta. Quod reliquum est, Quas præstationes habeat hæc actio, cui detur, et Adversus quos, videndum. Et præstationes hæ sunt duæ, ut qui utiliter gessit, præstetur ei, quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est, sic verba sunt *L. 2.* in fin. *D. de neg. gest.* Abesse gerenti intelligitur, quod per caussam negotii utiliter gesti amisit: Amisisse autem eum definimus, non solum qui erogavit de suo, sed etiam qui consecutus non est, cum consequi potuisset. *L. si servum*, 33. *D. ad leg. Aquil.* Proinde sumptus quidem a se factos nulla dubitatio est, quin repetat is, qui utiliter impendit. *d. L. 2. D. de neg. gest. L. si servum*, *C. eod.* Sed repetet etiam pecuniæ a se impensæ usuras, non ex mora, sed statim, si vel eas præstitit, vel cum consequi posset, non est consecutus. Quas præstitit; veluti si in rem alienam cum pecuniam non haberet, aliunde mutuo [4] sumpsit sub usuris, quas et præstitit. Quas consecutus non est, veluti si exegit pecuniam a debitoribus suis, a quibus usuras accipiebat; aut ipse pecuniam suam insumpsit, quam aliis usuras offerentibus mutuo dare poterat. De usuris præstandis traditur in *L. ob negotium*, *C. de neg. gest.* Eas autem usuras hic accipere nos debere, quas dixi, declaratur exemplo actionis mandati contrariæ huic negotiorum gestorum per omnia simili in *L. si vero*, 12. *D. mand.* Quod gerenti abfuturum est, est id, in quod se propter negotium [5] obli-

4) *Text. L. 37. de Usur.* et generatim quas percipere potuit *L. 19. §. pen. hoc tit.* Nec enim credendum quod diutius otiosam habiturus fuerit pecuniam.

5) Nam uti locupletior qui liberatur *L. 66. in fin. de solut.* ita pauperior qui obligatur, licet nedum quidquam præstiterit.

obligavit, *d. L.* 2: in pr. *D. de neg. gest.* ut si res ad alendam familiam, pecora pascenda, ad insulam reficiendam necessarias emerit: si ut creditoribus absentis satisfaceret, obligationem in se per novationem susceperit. Ex quibus caussis cum eum agere posse dicimus, etiam eum ex his caussis agere posse, prius quam solverit. Quod et verum est: quasi id ei abesse videatur, in quo obligatus est *L. si quis mandatu*, 28. *D. eod.*

XIII. Datur hæc actio omnibus, qui negotium alienum utiliter gesserunt, dum ne sint ex numero eorum, quos prius excepimus. *d. L.* 2. in pr. *D. de neg. gest.* §. 1. *Inst. de obl. ex quas. contr.* Et datur adversus omnes quorum negotium ita gestum est. Itaque cum ex cæteris caussis non obligetur furiosus, non pupillus sine tutoris auctoritate, ex negotio gesto obligantur pariter ambo omnibus, qui in eos utiliter impenderunt. *L. furiosus*, *D. de obl. et act. L.* 3. §. 1. *D. de neg. gest.* Quia scilicet non nascitur hic obligatio ex consensu, ut quis dicat istos, qui consensus desit, obligari non posse; sed [6] ex re, ut est in *d. L. furiosus*, *de obl. et act.* id est ex utilitate quæ ad eos pervenit ex negotio gesto. Pervenit autem sine consensu; nec ad alios quoslibet, qui eo nomine tenerentur, aliter perveniret. Quare in eadem caussa obligationis eamdem adversus hos obligationem esse oportet. Sed in furioso et pupillo in hac re hoc dissimile est a cæteris, quorum negotium voluntaria administratione gestum est, quod cæteri domini omnes tenentur hoc ipso, quod res eorum utiliter gesta est, etiam si nunc locupletiores non sint; puta, si quod utiliter institutum erat: postea casu perierit. *L. sed an ultro*, 10. *D. de neg. gest.* pupillus autem, multoque magis furiosus hac conditione, si quo tempore cum his judicio agitur, seu tempore litis contestatæ sint locupletiores. *L. litis*, 37. in pr. *D. de neg. gest.* Sed eodem loco intelligi oportet, ut postquam res eorum utiliter gesta est, desinant postea esse locupletiores ante litem contestatam, solum in rebus utilibus contingere posse: ad impensas autem necessarias, quæ in rem pupilli aut furiosi factæ sint, non pertinere. Si quis rem istis necessariam emerit, si familiam his necessariam aluerit, aut curaverit ægrotam, quod et illi necessario de suo facturi essent, quanvis perierint postea et res, et familia ante litem contestatam, tamen perpetuo locupletiores facti intelliguntur: hoc ipso videlicet locupletiores, quod pauperiores facti non sunt. Definitio est Scævolæ: quæ refertur in *L. pupillo*, 47. *D. de sol.* Quæ et verissima est. Quam enim pecuniam quis de suo impendere cogebatur: si beneficio alieno non impendit, hanc eum adhuc habere perspicuum est: proinde et hactenus locupletiorem esse qui alioqui eam pecuniam non esset habiturus.

6) Ex re actio, quia non ex persona vel facto obligati; nec ex consensu, nec quasi consensu, sed ex ipsa gestione et rei natura et ex æquitate, ne locupletior quis cum alterius damno fiat, vid. Ant. Fab. ad *L.* 3. §. 5. *h. t.* Setser. *Lib.* 1. *de Juram. Cap.* 4. *n.* 9. *et* 10.

C A P. XVII.

Cujus sit negotium id, quo nomine agitur, ut vel ei directam negotiorum gestorum actionem demus, vel adversus hunc contrariam quod utraque communiter postulat.

Diligens habenda illius investigatio, ad quem negotium pertinet. I.
Negotium fuit alicujus aut re ipsa, aut gerentis voluntate. II.
Re ipsa fit aut gestu ipso, aut eventu. III.
Quomodo gestu. IV.
Item quomodo eventu. V.
In negotio peculiari, pupillari, aut dominico, ubi duorum utilis res geritur, ad obligationem interest an utriusque, vel alterutrius dumtaxat contemplatione res gesta. VI.
Et cum alterutrius; an negotium spectet principaliter ad utrumque; an ad unum principaliter: ad alterum vero per consequentiam. VII.
Negotium gestum nomine ejus, cujus est principaliter sive solius, sive cum altero obligat ipsum dumtaxat, cujus nomine gestum. VIII.
Secus si illius nomine utilis res gesta, ad quem pertinet per consequentiam. IX.
Voluntate gerentis fit negotium alterius, si hic alter aut mandaverit aut ratum habeat. Quale utrumque. X.
Negotium gestum ita fit ejus, qui ratum habet, si non ad alium pertineat; et quare. XI.

I. Obligationibus et actionibus mutuis superioribus cognitis, unum superest, de quo in commune cognosci oporteat: sine quo manca sit et inutilis superior omnis cognitio. Diximus eum, qui negotium alienum gerendum suscepit, obligari ei cujus negotium est, et huic eo nomine directam actionem dari adversus eum, qui gerendum suscepit. Et rursum eum, cujus negotium gestum est, teneri ei qui gessit contraria negotiorum gestorum actione. Itaque in utraque actione nihil agitur, nisi noverimus, quis sit is, ad quem negotium pertinet, ut ei actionem negotiorum gestorum directam demus, et adversus eum contrariam. De quo quia plusculum difficultatis habet, eo diligentius nobis separatim cognoscendum est. De eo sic habendum puto.

II. Negotium cujusque [1] fit aut re ipsa, aut gerentis contemplatione cum voluntate ejus cujus nomine agitur, conjuncta.

III. Re ipsa negotium nostrum esse recte dixeris, cujus gesti commodum aut incommodum vere et re ipsa ad nos pertinet, ut definitur res propria in *L.* 1. §. *in propria, D. quand. appelland. sit.* Quod negotium ita re ipsa nostrum est, id aut nostrum est ipso gestu, id est jam ab initio cum geritur, (sic enim veteres loquuntur. *L. si pupilli*, §. *pen.* in fin. *D. de neg. gest.*) aut nostrum fit postea eventu.

IV. Ipso gestu, et jam ab initio nostrum est, cujus gesti commodum aut incommodum statim ad nos pertinet. Veluti, si quis solverit creditori meo, si familiam meam aluerit, insulam fulserit, agros coluerit fructusque perceperit. In quibus et statim gerenti adversus me actio est eo nomine, et adversus eum actionem habeo. Exempla passim obvia, ut *L.* 3. *L. si filius*, *L. si servum*, *C. de neg. gest. L. si pupilli*, §. *pen. D. eod.* Idque ita est, quanvis qui gessit, putaverit alterius rem esse quam meam, cui consultum voluerit. *d. L. si pupilli*, in pr. et §. *pen.* in fin. *de neg. gest.* Quippe non ex consensu aut animo gerentis hic actio nascitur, sed [2] ex negotio gesto.

V. Eventu nostrum fit negotium, cum cujus gesti commodum aut incommodum ab initio ad nos omnino non pertinet, ejus incommodum eventu incipit pertinere, Quo casu etiam exinde actio negotiorum gestorum no-

1) Duar. *h. t. C.* 3. Negocium nostrum esse vel propter dominium *L.* 5. *h. t.* vel propter curam et munus, ut si quis negocia pupilli suscepit ut tutori gratificaretur, vel ob ratihabitionem. *DD.* vulgo post Accursium ref. nec probante Cujac. 8. *ad Afric. in L. ult. h. tit.* Negocium nostrum quatuor modis dici: Cura, re ipsa ratihabitione et ipso gestu.

2) Res ipsa hic spectatur, non existimatio gestoris, vid. Cujac. *d. l.*

nobis nascitur adversus eum qui gessit, et ei contra adversus nos. Accidit hoc, cum quis rem meam, quam bona fide possidebat, tanquam suam alii vendidit. Hic emptio ab initio neque mihi nocet, neque prodest. Non nocere certum est. Nemo enim facto ullo suo jus meum mihi adimere potuit. *L. debitorem, C. de pignor. L. solvendo, D. de neg. gest.* Sed nec prodest; cum hinc nobis nulla quæsita sit actio, ac nec quæri potuerit, ubi scilicet nec meo nomine res gesta est, nec si gesta esset, ulla actio acquiri mihi possit per liberam personam, quæ juri meo non est subjecta. *L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* At eventu potest incommodum rei venditæ ad me pervenire; quod fit, si per eam venditionem res vendita mihi pereat, dum ejus vindicandæ facultatem per eam occasionem amitto. Potestque id accidere tribus modis. Uno, si eam venditionem ratam habeam. Sic enim fit, ne possim rem ab emptore repetere contra quam semel probavi. Altero, si res in rerum natura esse desierit, quæ si apud me mansisset, potui eam vendere, et pretium salvum habere. Nunc ideo amitto, quia neminem habeo, a quo rem vindicem; non emptorem, qui amplius non habet, quod esse desiit; non venditorem, qui nec possidet, nec dolo desiit possidere, cum bonæ fide possideret. Tertio modo, si res a bonæ fidei emptore usucapta sit. Sic enim ille dominus efficitur, ego esse desino, quo facto et mihi vindicatio amittitur. Quidquid ergo istorum eveniet, ut incommodum ejus venditionis meum fit, ita exinde negotium meum fieri incipiet ex superiore definitione. Quod et admissum est. Unde totidem casibus placuit in ea specie habere me actionem adversus venditorem [3] de pretio, ut id mihi restituat Et dum ita agam, esse illi vicissim si quid eo nomine ei abest adversus me contrariam actionem. *L. 3. C. de rei vind. L. ab uno, C. de neg. gest. L. ult. D. eod.* Idem accidit in hac specie, si quis pecuniam a creditore meo exigat. Nam et is ab initio neque mihi nocet, cum debitorem nemo liberet nisi creditor, aut cui voluit creditor solvi. *L. vero, D. de sol.* neque prodest, cum accipere non possim solutionis caussa ab eo, quem non liberavi. At si ratam habeam solutionem, evenit, ut periculum exactionis meum esse incipiat, quia eo facto debitor retro liberetur, *d. L. vero,* in fin. *de sol.* Atque hinc etiam placet ex illo habere me adversus eum qui exigit negotiorum gestorum actionem. *L. si pecuniam, C. de neg. gest.*

VI. Hæc usque adhuc expedita, cum unus est tantum, ad quem negotii gesti commodum aut incommodum pertinet. Cum autem duo sunt, ad quos pertinet, incidit res ex numero in difficultatem. Finge negotium geri Peculiare, quod ad patrem pertinet, et filium, ad dominum et servum; Pupillare, cujus recte gesti utilitas ad pupillum principaliter pertinet, ad tutorem per consequentiam propter periculum administrationis; Dominicum, quod commissum sit procuratori: in quo similiter utilitas domini versatur principaliter, procuratoris per consequentiam. In his, inquam, habet res difficultatem, ut sunt de hac re scripta veterum. Legimus enim interdum istorum duorum utrumque ob negotium gestum teneri, interdum alterum dumtaxat. *L. si pupilli*, in pr. §. 1. §. *sed si ego, D. de neg. gest.* Utrum ergo horum in universum sequemur? Et refert, utrum qui rem in solidum ad duorum istorum utilitatem pertinente gerit, utriusque gratia nominatim gerat, vel gerat simpliciter, an vero gerat unius tantum contemplatione. Si utriusque gratia, quod et tunc facit, cum non aperte alterius tantum gratia gerit: uti amborum negotium est, sic ambos teneri convenit. Nunquam enim actio ad unum tantum revocatur, nisi cum ejus tantum contemplatione gestum est, *d. L. si pupilli,* in pr. §. 1. §. *sed si ego.*

VII. Quod si unius horum contemplatione negotium gestum sit, interesse dicemus utrum ad duos istos negotium principaliter pertineat: an vero ad unum principaliter, ad alterum per consequentiam. Ad duos principaliter pertinet negotium peculiare, ad patrem et dominum jure civili; ut quibus hoc jure peculium acquiritur. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq. L. quod servus, D. de acq. poss.* ad filium et servum natura, ut quorum peculium natura sit eorum quasi patrimonium. §. *actiones autem, Inst. de act.* Ad unum principaliter, et ad alterum per consequentiam, cum ut dixi, geritur res pupilli tutorem habentis; domini rem per procuratorem exercentis. Ubi quidquid hic geritur, omne emolumentum ad pupillum et dominum redit, quorum etiam nomine res geritur. Ad tu-

3) Nec tantum si pretium venditor habeat ex caussa lucrativa, ut quia pro re possessa et vendita ipsi nihil aberat; sed etsi caussa onerosa, ut si eam rem prius ipse a non domino, bona fide emit, arg. *L. 17. pr. de R. V.* vid Cujac. *ad. d. L. ult.* S. *ad Afric.* ubi tractat quid juris, si ratum non habeam, et quid si mala fide res vendita petierit, etc.

tutorem autem et procuratorem ideo per consequentiam, quia re male gesta, periculum ad eos pertinet propter officium administrationis. Bene autem gesta consequantur, ne teneantur, ille tutelæ, hic mandati.

VIII. Ergo ubi negotium pertinet ad duos principaliter: placet eum, cujus contemplatione negotium gestum erit, teneri solum, alterum non teneri. Ut si quis negotia peculiaria gesserit, filii mei vel servi, si quidem contemplatione mei, is mihi tenetur qui gessit, et ego illi. Quod si amicitia filii mei vel servi, vel eorum contemplatione; ego non tenear ex persona mea quasi negotio meo gesto, sed solum ex persona filii vel servi, idque ut in cæteris caussis de peculio duntaxat. Hoc in *d. L. si pupilli*, §. *sed si ego*, *de neg. gest.* An quod negotio contemplatione mei gesto negotium filii non est; contemplatione autem filii gesto, non est meum? Immo cujuscumque contemplatione gestum sit, necesse est utriusque negotium videri, cujus commodum aut incommodum ad utrumque pertinet. Nec cujusquam contemplatio contraria veritatem naturæ potest mutare; atque adeo ne illud quidem efficere, quominus negotiorum actio sit ei et adversus eum cujus negotium vere gestum est, quantunvis alia opinione atque alio animo gesserit, si modo nihil aliud gerenti obstet, quam falsa opinio *d. L. si pupilli*, §. *si quis ita*, §. *pen. L. ult. D. de neg. gest.* Quid ergo est, cur hic non sit actio ei et adversus eum, cujus negotium esse fatemur? In caussa est non negotium, quod est utriusque etiam post contemplationem gerentis: sed gerentis animus declarantis, dum unius solius contemplatione gerit, hunc se solum sibi obligatum velle, alterum [4] nolle. Jam autem supra diximus, quantunvis quis negotia alterius utiliter gesserit, non habere tamen eum actionem, si fuit hoc animo ne eum cujus negotium gerit, sibi obligaret. Idem ergo eadem ista ratione recte probatum est in eo negotio quod ad pupillum et dominum principaliter, ad tutorem et procuratorem per consequentiam pertinet, si quis pupilli aut domini negotium gesserit horum ipsorum contemplatione; ut quod ita gestum est, in eo solus pupillus et dominus teneantur: nequaquam tutor aut procurator; quantunvis res gesta sit cum tutore aut procuratore. *Si procuratori tuo*, ait Julianus, *mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus liberet; adversus te negotiorum gestorum habebo actionem; adversus eum, cum quo contraxi, nullam.* Hoc in *d. D. si pupilli*, [5] §. 1.

IX. Sed ex hac re et ratione superiore major dubitatio oritur in specie quæ sequitur. Nam si quis e converso negotium pupilli vel domini gesserit contemplatione tutoris aut procuratoris, par esse videbatur atque adeo consequens superioribus, ut diceremus adversus hunc negotiorum gestorum actionem esse, adversus pupillum aut dominum nullam. Quippe omnia hic similia, quæ in specie superiore. Illic negotium domini gestum est, et hic negotium domini. Illic negotium gestum est contemplatione unius ex iis ad quos negotium id pertinebat. Et hic similiter unius ex his contemplatione. Placet tamen in hac specie posteriore, quod contemplatione tutoris gestum sit, in eo non tutorem solum teneri negotiorum gestorum, sed et pupillum. Idque ita diserte ex eodem Juliano scriptum est in *d. L. si pupilli*, in pr. Cur hæc tam varie? atque adeo cur in eodem negotio pupillari, unius tantum contemplatione interveniente non utrobique alterum tantum teneri dicimus, aut utrobique teneri utrumque? Quia observandum est alium animum esse ejus, qui negotium gerit contemplatione domini, ad quem res principaliter pertinet: alium ejus, qui gerit contemplatione tutoris aut procuratoris, ad quos non pertinet nisi per consequentiam. Dominum aliquem principalem qui spectat, non gerit alterius gratia; certe gratia tutoris aut procuratoris, gerere quod ad pupillum et dominum principaliter pertinet, non potest, quin hoc ipso ita affectus sit, ut prius gerat negotium pupilli aut domini, idest utrique consulat; quia non potest utilitas hujus negotii ad tutorem et procuratorem pertinere, nisi prius in persona domini constiterit, unde postea ad tutorem et procuratorem perveniat per consequentiam. Ita cum qui consequentis curam gerit, vi ipsa etiam principalis rem gerere etiam ab animo suo habeat: apparet eum qui id faciat quasi in re utriusque gratia et contemplatione gesta, jure etiam adversus utrumque

4) Unde et ratihabitio patris nihil agit *d. L.* 6. §. 6. Quamquam Cujac. 2. *ad Afric. in explic. L.* 23. *de reb. cred.* nihil agi, non omnino, sed quod pater non obligetur in solidum, sicuti si ratum habuerit a filio gestum *L.* 1. *quod jussu.* Confirmari vero ea ratihabitione obligationem de peculio; Ac, si nihil in peculio: obligari patrem quatenus ex gesto locupletior factus.

5) In *d.* §. 1. non egit gerens ut Procuratorem sibi obligaret, sed ut negocia domini gereret, ex. g. pignus liberaret per interpositam Procuratoris personam, ut in *L.* 15. *const. pec.* Nam in numerationibus non tam cujus vel cui et a quo, quam qua mente perspici oportet *L.* 2. §. *pen. L.* 19. *de reb. cred.* Ant. Fab. *ad d. L.* 6. §. 1.

que actionem habere: quanvis si licuisset, maluisset soli tutori et procuratori negotium gerere.

X. Voluntas gerentis cum voluntate nostra conjuncta, non res ipsa negotium nostrum facit, cum quis aliquid gerit nostro nomine cujus commodum aut incommodum ipso gestu ad nos nullum pertinet: solum ad eum pertinere potest, qui gerit, si sibi rem gereret. Quod quis sibi gerendo suum facere potuit, id nostro nomine gerendo in nos velut transferre, et nostrum facere potest, si voluntas nostra accesserit, vel quæ præcederet, vel quæ sequeretur ratum habendo. Quod accidit in caussis duabus hujusmodi. Emit aliquis fundum Tusculanum meo nomine. Non potest hoc negotium, si hic consistitur, ad quemquam pertinere ipso gestu, ex quo nullum cuiquam commodum acquiritur. Non enim acquiritur gerenti, qui sibi non emit. Mihi multo minus, qui actionem mihi acquirere non potuit. *d. L. multum*, *C. si quis alt. vel sibi.* Sed tamen si sibi emeret, faceret id negotium suum. Quapropter et voluntate sua utilitatem hujus gesti in me conferre potest, dum emit meo nomine. Sed quod ita procedet, si etiam consentiam. Quod ita intelligetur, si aut prius alii mandavi, ut eum fundum mihi emeret, quo declaravi, eam emptionem mihi placere; aut cum nihil statuissem prius, postea re cognita emptionem ratam [6] habuit. De eo qui in hac specie prius voluntatem suam declaraverat, est responsum Africani in *L. mandasti*, 46. *D. de neg. gest.* de ratihabitione hujus secuta est in *L. si pupilli*, §. *pen. D. de neg. gest.* Ejusdem generis exemplum est in hac specie. Exegit quis pecuniam meo nomine ab eo, quem debitorem meum putabat, qui non erat. Hujus exactionis commodum aut incommodum ad nullum plane pertinet. Non ad eum qui exegit, quia illi alterius nomine solutum est, non suo. Non ad me, quia mihi nihil debetur. Potuit tamen is qui exegit, negotium suum facere, si suo nomine exigeret. Sic enim ut pecuniæ commodum, ita reddendi incommodum in se susciperet. Quare meo nomine exigendo hæc eadem in me transferre potest ut meum negotium fiat, quod illius esse potuit. Et vero fiet meum, si ratum habuero: ut quod negotium prius alienum fuit, id est non meum, id ratihabitio mea mihi conciliet et meum faciat; sitque et mihi adversus cum qui exegit, et illi adversus me mutua actio negotiorum gestorum. Hæc in *d. L. si pupilli*, 6. §. *pen. D. de neg. gest.* congruit. *L. si quis negotia*, 23. *D. eod.*

XI. Sed meminerimus hic voluntatem et ratihabitionem meam mihi negotium conciliare, si negotium, quod meo nomine gestum est, ipso gestu ad nullum alium pertineat. Quod si pertinuit; solius ejus negotium est, nec ratihabitio mea meum faciet, quod jam ante alterius esse cœperat. Utputa, dum me heredem putat, fulsit ædes hereditarias, agros hereditarios coluit, familiam aluit, ego ratum habeo. Neque mihi adversus illum eo nomine actio est, neque illi adversus me: quia quod in hereditate aliena hic gestum est, ejus commodum et incommodum ipso gestu ad verum heredem pertinet, non ad me qui heres non sum. Quod heredis negotium esse cœpit, id illi ratihabitio mea auferre aut mutare non potest. Hoc in *d. L. si pupilli*, §. *pen.* in fin. *de neg. gest.*

CAP.

6) *Vid. supra* c. 15. *N.* 4.

CAP. XVIII.

De administratione necessaria tutorum: Quæ hic gerendi necessitas; sive unus tutor datus sit, sive plures: Et de divisione tutelæ pluribus tutoribus datis.

Administratio tutelæ necessaria. I.
Partitio rerum. II.
Tutor recte datus tutelam gerere debet necessario et statim, ex die quo scit hoc munus sibi demandatum. III.
Scit autem cum illi quomodocunque innotuit se datum esse tutorem. IV.
Si cesset: tutelam gerere cogitur duplici via. V.
Extraordinaria; mulctæ dictione, et capione pignorum. VI.
Ordinaria; periculi metu ex cessatione. VII.
Datus intelligitur ad omnia pupilli bona. VIII.
Si plures pupilli tutores: refert utrum divisa inter illos tutela, an indivisa maneat. IX.
Tutela jure dividitur non a tutoribus; sed vel a testatore, aut a magistratu. X. XI.
Ejus dividendæ ratio duplex; et quæ: Prior semper rata manet. XII.
Posterior a testatore facta duobus casibus infirmatur a prætore; et qui illi. XIII.
Immo hæc eadem a prætore facta erit irrita, nisi plura concurrant; et quæ illa. XIV.
Divisa tutela inter plures, etiam dividitur administratio, et illius gerendæ periculum. XV.
Exceptio duplex; et quæ. XVI.
Divisio tutelæ extraneis prodest: sed non nocet. XVII.
Uni ex pluribus tutela gerenda commissa; unius est gerendæ potestas, sed commune periculum. XVIII.

I. Atque hæc de voluntaria rerum alienarum administratione satis, quo intelligatur, quæ hinc mutuæ obligationes, præstationesque sint, quæ actiones inter eum, qui negotia gessit, aut gerenda suscepit, et eum ad quem negotium pertinet. Eædem prope obligationes, et præstationes interveniunt in necessaria rerum alienarum administratione. Sed quoniam non omnia, eo de hoc genere quæ communia sint, quæ propria, separatim cognoscendum est. Et quoniam hanc administrationem esse diximus in tutoribus, et curatoribus; in curatoribus autem prope eadem omnia servantur: ideo ne verbosa fiat oratio, orationem ad tutores conferemus, idem intellecturi et de curatoribus. Et quod in his primum est, ut et tutorum in tutela, et curatorum in curatione necessariam administrationem esse dicamus, quo maxime hæc administratio ab illa voluntaria distinguitur, nos quoque ab eo ordientes, quæ sit hæc et qualis gerendi necessitas initio statuamus.

II. In quo hæc quinque ordine quæruntur. Primum, an tutor recte datus gerere tutelam debeat. Secundum, ex quo tempore. Tertium, si detrectet, quæ sit cogendi ratio. Quartum, quantum ad curam ejus pertineat. Quintum, pluribus datis quæ sit necessitas gerendi in singulis, quod officium et periculum singulorum. De quibus sic habendum.

III. Est animo ita tutoris munus, ut recte datus tutelam gerere necesse habeat. Est enim tutela munus publicum: quod genus sine juxta excusatione detrectare non licet. *Inst. de exc. tut.* in pr. *L.* 1. *D. de muner. et bon.* Atque ut genere necesse habet, ita statim cogitur; ut si statim non gerat, suo periculo cesset: sic tamen, si sciat se tutorem datum, nec ullam excusationem alleget intra tempora constituta. *L.* in pr. *D. de adm. tut.* Quid ergo, si allegarit, sed aut excusatio recepta non est, quia non esset legitima, aut post longum tempus appellatio injusta pronuntiata est? Placet non ex quo sententia judicis excusatio repudiata est, necessitatem gerendi inchoari, sed ex quo primum sciens, tutor ad tutelam accedere debuit. *L. tutor*, 20. *D. de adm. tut.* Usque adeo, ut quamvis cognitio de appellatione producta sit in tempus heredis, nihilominus responderit Papinianus heredem postea victum præteriti temporis periculum præstaturum: addita hac ratione, quod non videatur levis culpa, contra juris auctoritatem mandatum tutelæ officium detrectare. *L. tutores*, 39. §.

tutor, *D. eod.* Et sane qui ita repudiatus est, excusationem se habere dixit, non habuit.

IV. Scire tutorem accipimus, quomodocunque illi innotuerit se tutorem datum, ut non debeat exspectare, dum sibi denuntietur, ut tutelam gerat, multo minus ut jubeatur a magistratu. *L.* 5. §. *ult. D. eod.* Quod si dicetur tutor ante cognovisse, et neget; quod fit in cæteris caussis, idem et in hac servabitur, ut pupillus qui hoc dicit, probare [1] debeat. *L.* 6. *D. eod. L.* 2. *D. de prob.* Quod si tutor ab alio monitus se tutorem datum, adhuc ignoret, quod fidem non habeat ei, qui admonet? Poterit ejus ignorantia excusationem habere, si is monebit, qui nihil certi de eo afferat. Sed ita, si erit privatus. Quod si magistratus interveniat, qui jubendi jus habens jubeat tutorem tutelam gerere, satis habebit momenti hic jussus, ut tutor exinde periculo obligetur, quasi ex illo tutor satis sciverit, aut existimare debuerit se tutorem datum, et jubenti parere debere. In quam sententiam accipi oportet *L. qui jussus*, 17. *D. de adm. tut.*

V. Jam illud tertium videamus, ex quo tempore tutor ita tutelam gerere debet, ut diximus, si cesset, an cogatur gerere; et si cogatur, quæ sit ratio cogendi. Et cogi constat. *L.* 1. in pr. *D. eod.* Cogendi autem ratio duplex est: una extraordinaria, altera ordinaria.

VI. De extraordinaria hoc tantum scribit Ulpianus in *d. L.* 1. *gerere*, inquit, *atque administrare tutelam extra ordinem tutor cogi solet.* Extra ordinem valet, non judicio; sed statim vi et imperio magistratus: ut hoc verbi usurpatur a nostris, cum de aliquo per magistratum cogendo loquimur, et extra ordinem judicio et actioni opponitur, ut liquet ex *L.* 3. in pr. *D. ne vis fi. ei qui in poss. mis. est.* Appellatio hinc nata, quod via ad cogendos eos, a quibus aliquid exigimus, ordinaria posita est in judicio, nempe hæc, ut is a quo exigimus, judicio conveniatur, conventus convincatur debere, convictus condemnetur, sic denique ad executionem judicati veniatur. *L. negantes, C. de obl. et act. L.* 1. *C. de exs. rei jud.* Hinc fit, ut cum quis cogitur a magistratu alia via, dicatur cogi extra ordinem, ut sit præter ordinem et morem rei gerendæ usitatum. Cogitur autem extra ordinem tutor remediis prætoris ad cogendum nec obedientem civem in re pecuniaria proditis. Remedia hæc sunt, ut gerere detrectanti mulctam dicat, quanta pro re nata dici debere videbitur, simul pignora capiat, unde mulctæ indictæ satisfiat, si tutor perseveret non gerere. Indicat *L.* 1. §. *ex hoc rescripto*, *D. de insp. vent.* Sciendum tamen has partes magistratus ad tutorem extra ordinem cogendum cessare, cum tutor semel gerere cœperit: ut quanvis cum cœpisset gerere, postea gestu se abstineat, nihilo tamen magis cogi debeat. Sed si id fit, suspectus postulari potest. *L.* 5. §. *gessisse*, *D. de adm. tut.* Gessisse autem videbitur, sive per se gesserit, sive per alium, atque adeo si alio contutore gerente satisdationem ab eo acceperit. *d. L.* 5. §. *gessisse. L. tres tutores*, 55. in pr. vers. *non solum*, *D. eod.*

VII. Altera est cogendi tutoris via ordinaria, ut quanvis is a prætore non cogatur, tamen hæc ratio altera supersit. Ea est imminentis ex cessatione periculi metus. Id autem periculum tale est. Nam ut ante dixi, ex quo primum tutor scit se tutorem datum, si cesset, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora præstituta, suo periculo cessat, dum si quid ex ea cessatione damni est pupillo, id judicio tutelæ præstare cogitur. De quo postea. *L.* 1. §. 1. *D. de adm. tut. L.* 1. in pr. *D. de tute. et rat. dist. act.* Cujus periculi proposito metu, est omnino, cur tutor excitari debeat ad administrationem suscipiendam. Nec novum videatur, quod hanc quoque rationem cogendi tutoris esse dicimus. Nam et alias cum jubetur argentarius rationes edere, et nisi edat, actio adversus eum proponitur, dicitur argentarius cogi a prætore per metum in factum actionis rationes edere. *L. quædam*, in pr. *D. de edend.*

VIII. Quod quarto loco quærimus, quantum ad curam tutoris pertineat, non difficile id intellectu est. Non enim pars tutelæ, sed tota tutela tutori gerenda commissa est. Sequitur igitur, ut datus tutor, ad universum patrimonium datus esse intelligatur: quod et traditur in §. *datus*, *Inst. de exc. tut.* Quod quidem dubitationem non habet, si patrimonio pupilli, quod initio fuit, nihil postea accesserit. At quid, si accesserit, puta bona materna ad eum redierint morte matris? Consequens est superiori sententiæ, etiam quod accessit, ad curam et periculum tutoris pertinere: quoniam et quod accessit, ejusdem

1) P. Greg. 13. *Synt.* 10. *n.* 8. Nisi præsumptio contra tutorem, ubi illi injungitur probatio. Sic accipienda *L. pen. C. de peric. tut.* Pac. 5. *Enant. Quæst.* 75.

dem patrimonii pars est. Quod et placuit. Sublevandi tamen tutoris caussa, ad augmentum solet curator dari. Quod dato nova dubitatio oritur, etiamne tum ipsa augmenta ad curam priorum tutorum pertineant. Et placet nihilominus pertinere, cum omnis utilitas pupillorum ad eos pertinere debeat: curatorem autem cum nominatim ad augmentum tantum datus sit, solum hoc, non etiam pristina bona administrare debere tantum in ea re hactenus teneri, si priorem tutorem cum opus esset, suspectum facere, aut ab eo satis exigere supersederit. De quo paulo post plura in divisione tutelæ. Hæc in *L. quoties*, 9. §. ult. et pen. *D. de adm. tut.*

IX. Quibus cognitis, siquidem unus tantum datus sit tutor, quod amplius de necessitate gerendæ tutelæ quæramus, nihil est, cum hoc teneamus, quis, quando, quantum gerere debeat, et si cesset, quomodo cogatur: in quibus superioris necessitatis cognitio versatur. At quid si plures erunt dati tutores? Hic jam succedit illud quintum, quod in hac necessitate postremum quærimus, quæ sit in gerendi necessitas in singulis, quod officium et periculum singulorum. Et refert, utrum tutela inter eos qui dati sunt, divisa non sit, an sit divisa. Inter quos tutela divisa non est; cum pariter tutores dati sint omnes, nec uni potius mandata administratio, quam alteri; idcirco et omnium commune periculum est in administratione tutelæ, et in solidum universi tenentur. Traditum totidem verbis in *L. tres tutores*, 55. in pr. *D. de adm. tut.* Quod quatenus verum sit: et quomodo accipiendum, tum plenius intelligetur, tumque maxime cognoscendi locus est, cum de actione tutelæ, qua singuli conveniuntur, dicemus.

X. Quod si divisa sit inter eos tutela, refert hic quoque a quibus sit divisa. Neque enim dividendi potestas est omnium, ut quidem divisio aliquid conferat ad minuendum periculum tutelæ. Certe hæc potestas tutorum non est. Hi communi consensu tutelam dividentes inter se conventione sua mutuum periculum non mutant, *L. ult. C. arb. tut.* Et merito: neque enim qui prius in solidum tenebantur, eam obligationem facto suo tollere potuerunt. *L. si servum*, 91. §. *pen. D. de verb. obl.* non constitutæ semel obligationi renuntiare, non certe consentiente eo, ad quem ea res pertinet. *L. sicut*, *C. de obl. et act.* non denique actionem pupillo semel quæsitam ei auferre, aut mutare. *L. debitorum*, *C. de pact.* Quæ omnia constant certo jure, ducta ex illo summo præcepto juris et naturæ, quo præcipitur neminem lædendum; et quæ idem valent, nulli jus suum detrahendum, neminem alterius conditionem facere posse deteriorem. *L. justitia*, *D. de just. et jur. L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel al. jur. L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Sane quod inter se tutores pacti sunt de dividenda tutela, inter ipsos valere potest, ut ipsis noceat. *L. epistola*, 52. §. *pactum*, *D. de pact.* aliis eo pacto nocere non possunt sive publici juris res sit, sive privati. *L. inter*, 42. *D. eod. L. debitorum*, *C. eod.*

XI. Qui sunt igitur, qui dividendæ inter plures tutores tutelæ jus habent, ut divisio valeat, et administrationi modum faciat? Duo sunt. Testator, qui tutores dedit; et Magistratus, qui de dividenda tutela aditus, de eo caussa cognita statuit. *L.* 2. *C. arb. tut.*

XII. Sed dividi potest ab his tutela duobus modis, neque id semper utiliter. Nam aut distribuitur inter omnes tutores administratio vel in partes, vel in regiones: quæ propria administrationis divisio est: ut si uni mandetur cura rerum immobilium, alteri negotiationis alicujus, et rerum mobilium: Aut ex omnibus tutoribus uni soli mandatur administratio, ne per plures tutela administretur. Prior divisio ab utro ex superioribus facta sit, semper rata est: cum nihil habeant singuli in ea divisione quod improbent, ex qua omnibus permittitur gerere. Et eadem singuli non onerantur, sed sublevantur. Indicatur in *L.* 3. in fin. et *L.* 4. *D. de adm. tut.* Tantum ut hic meminerimus, a voluntate patris esse incipiendum: tum hac cessante succedere partes prætoris. *d. L.* 3. §. *ult.* in pr.

XIII. Posterior divisio non semper rata habetur. In testatore quidem duobus casibus. Nam cum omnis in hac re voluntas testatoris ideo servetur, quod prætor edicat se eam secuturum: is eam istis casibus se non secuturum ostendit. Unus casus est, si omnes tutores velint gerere, quod fidem non habeant electo, nec patiantur succedanei esse alieni periculi; sic enim loquitur Ulpianus, aitque in hac re esse audiendos, ut prætor permittat eis omnibus gerere. Hoc ille in *d. L.* 3. §. *ult. de adm. tut.* Alter casus est, cui locus est etiam cæteris tutoribus electionem testatoris approbantibus, cum scilicet caussa cognita comperit prætor non idoneum tutorem a testatore esse electum, cui tutelæ administrationem mandaret, et in eo eligendo falsum esse patrem; sive quod deceptus sit ætate, puta minor viginti quinque annis, sive quod erraverit in moribus, aut facultatibus electi. Finge patrem uni

uni administrationem mandasse eo tempore, quo iste tutor bonæ vitæ, vel frugi esse videbatur: deinde postea eum cœpisse male conversari ignorante testatore. Finge rem ei commissam contemplatione facultatum ejus, quibus postea exutus est. Æquum est, et ad religionem magistratus pertinens, pro commodo pupilli non sequi in eo patris voluntatem. Hoc item in *d. L.* 3. §. *quamvis*, *de adm. tut.*. Ita priore casu prætor electum a patre tutorem solum non admittit propter reliquos tutores, ne his dissentientibus, ipsis noceat. Posteriore propter personam electi, ne non idoneo admisso obsit commodis pupilli. Sed ubi quid horum caussa cognita prætori non occurret, sic ille in hac re voluntati patris standum putavit, ut ediceret se ei sine alia probatione staturum, commissurumque ei tutelæ administrationem, cui pater eam delegavit. Neque hic retulerit, quis sit hic parens, qui filio tutorem dedit, isne, qui filium habuit in potestate, an qui non habuit, cujus modo dationem prætor confirmarit. *Meritoque*, inquit Ulpianus, *parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit.* Hoc ille in *d. L.* 3. §. 1. *de adm. tut.*

XIV. Sed et in prætore unum ex tutoribus datis eligente, cui tutelæ administrationem committat, ut utilis sit electio, hæ sunt conditiones: si non erit a tutore electus unus; si aliis tutoribus præsentibus, aut prius convocatis, decreverit, quis gereret, de sententia majoris partis; et si cæteri non [2] recusent rem per unum geri. *d. L.* 3. §. *ult. de adm. tut.* Ex quo intelligitur, sive alius electus erit a patre; sive prætor unum electurus non jusserit omnes tutores convocari, ut his convocatis sequeretur majoris partis electionem, sive velint omnes gerere, nec se periculo committere alienæ administrationis; totidem modis accidere, ne rata sit prætoris electio, quæ uni ex tutoribus administrationem tutelæ imponat. Sed ut si qua ex superioribus conditionibus deest, inutilis est electio prætoris: ita omnibus his concurrentibus valet: ut solus is gerere debeat, quem designavit. Quid si vocati tutores non creant, aut coacti non decernant? Prætor ipse caussa cognita statuet, quis gerat, ut si cæteri postea moniti non dissentiant, standum sit ejus electioni. Cæterum si moniti non consentiant, sed velint omnes gerere; æque decretum prætoris his non nocebit. *d. L.* 3. §. *ul. de adm. tut.* Sed si pater non destinavit, quis gerere debeat: quid opus fuit prætorem tam sollicite de uno eligendo auctoritatem suam interponere, cum electione hac omissa pro uno plures futuri sint, qui tutelam gerunt? Respondet Ulpianus prætori curæ fuisse, atque id etiam egisse, ne tutela per plures administretur; atque id caussæ esse, quod facilius unus tutor et actiones exercet et excipit, ne per plures tutela spargatur. Hoc in *d. L.* 3. §. *pen.*

XV. Jam utriusque divisionis quæ vis sit, videamus. Ea vis hæc est, ut divisio administrationi, et periculo tutelæ modum faciat. *L. inter*, 36. *D. de adm. tut.* Et hoc est, quanta administratio cuique attributa est, tantum quisque obtinet, nec longius progreditur aut potestas gerendi, aut gerendi necessitas, et tutelæ periculum. De potestate certum. Sint duo tutores dati unus rerum Italicarum, alter provincialium. Italicus res provinciales non geret, et si de his agere cœperit, exceptione summovebitur. Idemque valet vice versa, si provincialis tractare volet res Italicas, *L.* 4. *D. de adm. tut.* Sed etsi unus pupillo auctoritatem præstiterit in ea parte aut regione, cujus administratio ei commissa non est, quod gestum est, ratum non habebitur. *L.* 4. *D. de auct. tut.* Et recte utrumque: bene enim Venulejus ita definit, quantum facit in totum denegata administratio, tantumdem valere, si in ea re, de qua agitur, denegata sit. *L. si duo*, 51. in fin. *D. de adm. tut.* Atque ut pro divisione tutelæ dividitur inter tutores gerendi potestas, sic et necessitas gerendi, et non gesti periculum. Ut puta, *ad eos, qui in alia provincia tutelam administrant, periculum administrationis ex persona tutorum, qui in alia provincia res pupilli gerunt*, [3] *non porrigitur.* Verba sunt *L.* 2. *C. de peric. tutor.* Idque est, quod dicunt Imperatores in *L.* 2. *C. de divid. tut.* divisa jure tutela inter plures tutores datos periculum invicem tutores non sustinere.

XVI. Duo tamen hic excepta, quæ tutores etiam in alienæ regionis, aliarumve partium administratione periculo suo præstare debeant. Unum est, ut tutor observet alienæ regionis contutorem, videatque, quomodo in illa re quæ illi commissa est, se gerat: et si animadvertat eum se non recte et ex fide gerere,

2) Si tamen unus velit dividi, licet cæteri omnes admnistrare velint, divisionem fieri arbitrio judicis tradit post Bart. Gutierez. *de Tutel. et curis P.* 1. *Cap.* 14. *n.* 3.

3) Vid. Gutierez. *de Tutel. P.* 1. *Cap.* 15. *n.* 6. *et* 2. 1099.

rere, suspectum faciat: ea lege, ut si per dolum et culpam suspectum non postulaverit; vel tarde actionem moverit, cum scilicet contutor non solvendo effectus esset; vel suspicionis caussam agendo sua sponte jura pupilli prodiderit, ejus rei periculum præstet. *d. L.* 2. *C. de divid. tut. L. etiam*, 14. *D. de adm. tutor.* Quam ob caussam tutor a contutore alterius regionis, vel partis recte postulabit, ut secum administrationem communicet, non ut cogat eum id facere, quasi sit de eo adversus contutorem actio: sed ut si contutor communicare recusabit, possit suspectus postulari. *L. actus*, 19. *D. de adm. tut.* Alterum et hoc tutor in alienæ regionis administratione præstare debet, ut si quæ apud se instrumenta repererit, quibus contineatur debitum in alia regione contractum, admoneat tutorem ejus regionis, ut ille suo arbitratu debitum persequatur, ne si ignoret, rem sine culpa sua dilabi sinat, quod nisi facit, placet periculum nominis ad eum pertinere. *L. Titium*, 47. §. *tutores*, *D. de adm. tut.*

XVII. Illud in tota hac divisione tenendum est, valere hanc et servari inter tutores omnimodo: sed et eamdem valere aliis extraneis, ut eis uti volentibus prosit: nunquam autem tantam vim habere, ut his noceat. Et ideo si unus tutor in sua regione agat cum debitore pupilli de re ibi contracta, et ei qui convenitur, debeatur vicissim aliquid a pupillo, quod cum tutore alterius regionis contractum sit; non prohibetur reus hujus debiti compensationem [4] objicere. Ut enim plures sint tutores, et tutela jurisdictione divisa; jure tamen tutela una est, unus idemque debitor et creditor pupillus; ex cujus ideo persona compensatio recte opponi potest. Sententia hæc est Papiniani in *L. inter*, 36. *de adim. tut.*

XVIII. Neque hic alia caussa est divisæ tutelæ, cum ex pluribus tutoribus uni soli mandata est tutelæ administratio. Solus hic gerere debet. Cæteri ii sunt, qui honorarii appellantur. Quorum in ea tutela nullæ sunt partes, nulla gerendi potestas. *L.* 4. *L. tutores*, 6. *D. de auct. tut.* Neque tamen ideo periculo [5] eximuntur. Dati sunt enim, inquit Ulpianus, quasi observatores et custodes actus ejus, qui gessit, imputabiturque eis quandoque, cur si male eum conversari videbant, suspectum non fecerint, *L.* 3. §. 1. *D. de adm. tut.*

CAP.

4) Divisio modum gestioni inter tutores solum facit, ut agere vel excipere actionem tantum cogatur, quisque eam quæ ex sua administratione pendet. Creditoribus autem pupillaribus non obstat, nec compensationem remoratur, quia unius illi pupilli intuentur personam, cujus unum est patrimonium, belle Brisson. *Lib.* 2. *de solut. Tit. de Compensat, p.* 421. add. Loriott. *de Tutel. Axiom.* 16. *et seqq.* et vid. *infra Lib.* 16. *Cap.* 15. Et una tutela manet ratione pupilli semper individua, Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisd. Cap.* 1. *n.* 21.

5. Vid. Guticrez. *de Tutel. et cur. P.* 1. *Cap.* 17. A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Pr.* 1. *n.* 49. ubi quod in *d. L.* 3. §. 2. habetur rationem eos exigere oportere, de ratione facti interpretatur, cur sic vel ita faciat, non de ratione tutelæ.

C A P. XIX.

Quod officium tutoris & ante susceptam tutelæ administrationem, & in ipsa rerum administratione.

I. Ex his jam intelligi potest, quæ sit, et qualis illa necessitas tutelæ gerendæ, quam in necessaria hac administratione versari diximus. In quo hæc sunt. Quis gerere debeat, Quo ex tempore, Quam necesse habeat, tum Quantum ad curam cujusque tutoris in ea administratione pertineat. Quo cognito sequitur, ut tutor ad hanc curam, atque hoc officium accedat, simul quo recte administret, videat, quid in hoc officio versetur. Quo loco meminisse oportebit ejus, quod de partibus administrationis tutelæ supra scripsimus, *Lib* 3. *commentariorum Cap.* 12. contineri scilicet omnem hanc administrationem duabus rebus. Potestate tutoris ad res gerendas accommodata, ut quæ ab eo gesta sunt, rata sint: et tutoris Officio, id est eo, quod ipse efficere debeat in tutelæ administratione pro munere sibi injuncto. De potestate illic diximus, quia pertinebat ad imminutionem personæ; de qua imminutione in jure personarum agitur. Quæ ad officium pertinebant, in hunc locum rejecimus. Et recte, quia pertinet locus ad obligationem, qua in hac re tutor obstringitur. Obligatio autem ex quasi contractu, ut declaratur in *L.* 5. §. *tutelæ*, *D. de obl. et act.* §. *tutores*, *Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc.* ac de quasi contractibus nunc agimus. De eo igitur officio jam breviter dicemus.

II. Officium tutoris in tutelæ administratione constat duabus partibus summis. Una habet initium, ac præparationem quandam ad futuram administrationem magis quam administrationem. Altera versatur in ipsa rerum administratione.

III. Initium, et præparatio ad futuram administrationem duas res desiderat, quæ tutoribus ante omnia jure injunguntur, Satisdationem, quibus in tutoribus ea necessaria est; et in omnibus Inventarii rerum ad cujusque administrationem pertinentium confectio-

ctionem. Quæ duo sunt ejusmodi, ut his non antegressis, aut omnino ad tutelam, aut impune perveniri non possit.

IV. Satisdationem hic dicimus, qua cavet tutor rem pupilli salvam fore. Hæc non omnibus tutoribus injungitur, sed certis tantum. Quinam hi sunt, scripsimus *supra Lib.* 3. *Cap.* 11. Hoc igitur dicimus, quibus tutoribus hæc satisdatio injungitur, eos ante omnia hanc satisdationem implere debere. Quod ni faciant, pœna hæc est non levis, quod cum a tutela penitus arceantur, nihilominus periculo suo cessant non minus, quam si ad tutelam admissi gerere detrectarent. Arceri eos penitus a tutela liquet ex eo, quod quæcumque ab his ante satisdationem gesta sunt, placet non magis valere, quam si maxime ab extraneo gesta essent, ut declaratur in *L.* 3. *L. ult. C. de tut. qui sat. non ded.* Et tamen totius præteriti temporis periculum ad eum pertinere non patitur dubitari ea definitio, qua traditur tutorem simulatque cognoverit se tutorem datum suo periculo cessare. *L.* 1. in pr. *D. de adm. tut.* Nec dicet tutor: non debere sibi imputari, quod non gesserit, cum jure prohiberetur. Potuit enim facere ne prohiberetur satisdando. Quod quia non fecit, culpa ejus est, vel dolus potius et contumacia, quæ merito plectitur.

V. Quod si quis tutor satisdare non cogitur, aut qui cogebatur, satisdedit, hic jam alterum ab omnibus tutoribus exigitur, ut ante omnia curent rerum pupillarium ad administrationem suam pertinentium [1] inventarium publice conficiendum, nec prius ad tutelam gerendam accedant; et hoc testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inventarium conscribi [2] vetuerint. *L. ult.* §. *ult. C. arb. tut. L. tutores*, *C. de adm. tut.* Est autem inventarium, quod verbi origo satis indicat: instrumentum in quod refertur omnium rerum ad patrimonium pertinentium descriptio, sic dictum, quod si de patrimonii quantitate quæratur, quænam ea sit, statim ex ea descriptione inveniri et reperiri possit. Unde eadem significatione et repertorium dicitur. *L. tutor,* 7. in pr. *D. de adm. tut.* Publice id confici volumus, ut habeat publicam fidem. *d. L. ult. C. arb. tut.* Hoc autem publice alibi sic explicatur, ut fiat sub præsentia publicarum personarum. *d. L. tutores*, *C. de adm. tut.* Publicas personas, intellige, puta magistratus, et publicos tabelliones, aut eos, qui secundum morem cujusque regionis ad eam rem adhiberi solent. In hac forma quid servandum sit, plenius cognosci potest ex his, quæ de inventario rerum hereditarium ad futuram aditionem conficiendo scripsimus *supra Lib.* 7. *Cap.* 3. Usus inventarii in tutelæ administratione ita necessarius, ut sine certo periculo et fraude pupilli prætermitti non possit. Ne sit enim certum, quæ res in patrimonio pupilli fuerint, cum tutori administratio traderetur, ne illud quidem constabit, quid eum finita tutela præstare, et cujus rei rationem reddere oporteat. Ita licebit ei in bonis pupilli impune grassari, et cum omnia aut pleraque male consumpserit, aut ad se perfidiose transtulerit, licebit ei dicere nihil se accepisse. Eoque nihil se reddere debere. Adversus hoc periculum valet sola inventarii publica confectio; cum scilicet ex eo finita tutela intelligetur, quid tutor curæ suæ commissum acceperit, ac proinde quid gerere debuerit, ac nunc quid debeat restituere. Idcirco tam districte hoc officium conficiendi publice inventarii ante omnia exigitur a tutoribus; cujus etiam ob eamdem caussam omissio [3] variis pœnis neque his levibus subjicitur in his, qui eo non facto ad tutelam gerendam accesserint. Hæ pœnæ sunt quatuor. Nam et tanquam suspectus ab officio removetur; *L. ult.* in fin. *C. arb. tut.* et infamia notatur, ibidem: et si non sit in ali-

1) *L.* 7. *pr. h. t. L. de creat.* 27. *C. de Ep. aud.* vid. de hac confectione, Manzin. *de Tut. Q.* 3. *tertiæ Q. principalis.* Piagg. Q. 7. Fr. Munnoz. de Escobar *de Ratioci. administrat. C.* 9. A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Princ.* 7. *Ill.* 7. fuse et exacte Jo. Gutier. *P.* 2. *C.* 1. toto. Vocatur et *ἀναγραφή* *L.* 15. *pr. de reb. auct. jud. poss.* et synopsis *L.* 5. 11. *de reb. eor. qui sub tut.* A. Aug. 4. *Emend.* 3. Cujac. 8. *Obs.* 1. Menoc. *Arb. Cas.* 171. *n.* 10.

2) Forte quia filii interest ne secreta patrimonii pandantur *L. ult. C. de alim. pup. præst. L.* 2. *C. Quan. et quib.* 4. *pars.* Pietas enim paterna optimum censetur pro liberis consilium eligere Manzin. *d. Q.* 3. *n.* 6. Ant. Fab. d. *Ill.* 7. ubi secus esse statuit, si appareat testatorem vetuisse potius ut tutori quam ut pupillo prospiceret. Tunc ad officium judicis et tutoris pertinere, ut inventarium nihilominus fiat. Et Covar. 2. *Var. Resol.* 14. *n.* 4. posse quidem necessitatem hanc remitti, sed tutorem tamen cogi a judice ut conficiat, si id visum fuerit expedire administrationi, et Gutierez. *d. C.* 1. *n.* 39. *et seq. et in repetit. L.* 55. *de Leg.* 1. *n.* 412. et seq. Alii discrimen faciunt inter prohibitionem testatoris quæ valida, quia videatur facta in gratiam pupilli, et remissionem quæ invalida, quia in gratiam tutoris. Quam distinctionem coloratam vocat, et æquitatem præ se ferre scribit, Clar. §. *Testa Q.* 66. *n.* 3. *et* 4. licet contraria receptior et sequenda sit, quam et probat Gutierez. *d. C.* 1. *n.* 37. *et in repetit. L. nemo potest* 55. *de Leg.* 1. *n.* 409. Descriptio tamen bonorum debet fieri ad faciliorem probationem. Gutierez. *d. C.* 1. *n.* 38. *et in d. L.* 55. *n.* 411. *et n.* 416. Nec improbabiliter tentari potest in *d. L. ult.* non tam ipsam confectionem repertorii vetari, aut remitti, quam solemnitatem ac interventum publicarum personarum per vocem *specialiter* et quia ter in *d. L. ult.* mentio inventarii publice facti, Moller. 1. *Semestr.* 39. *n.* 10. Nisi dicere quis malit testatorem eo casu vetare quo ipse forte inventarium rerum omnium suarum reliquit. Sane ita pater ad solemnitatem inventarii in bonis filiifamilias, quibus usumfructum habet, non adstringitur, vid. *supra Lib.* 10. *C.* 4. *N.* 6. Pater vero legitimus tutor emancipati ad inventarii solemnis confectionem tenetur, Jo. del Castillo *Contr. quotid. de Usuf. C.* 37. *n.* 110. *et seqq.* Denique creditoribus non prejudicat hæc remissio vid. *supra Lib.* 7. *C.* 3. *N.* 8.

3) Vid. Gutierez. *de Tutel. et cur. P.* 2. *C.* 1. *n.* 57. et *seqq.* ubi *n.* 58. gesta ante confectionem inventarii ipso jure irrita esse, in quo a se dissentit *P.* 1. *Cap.* 12. *n.* 36. Cum enim, arguit ibi, det caussam removendi tutorem, ante remotionem est tutor, proinde ab eo gesta valeant.

aliqua dignitate positus, jubetur vinculis publicis contineri. *L.* 3. §. *tutores qui.* Ut legitur in aliis exemplaribus, quam Florentinis. *D. de susp. tut.* et quod præcipue utilitatem pupilli attingit, qui inventario non facto gerit, nisi aliqua necessaria et justissima caussa allegari possit, cur id factum non sit, aut nisi gerat id, quod dilationem nec modicam exspectare possit, dolo malo tutelam invadere existimatur. Quæ res facit, ut si quid ob id factum sua interesse pupillus dicat, id jurejurando ejus in litem æstimetur. *L. tutor*, 7. in pr. *D. de adm. tut.* Eidemque jurijurando locus erit, si de quantitate rerum agatur, quas pupillus sibi per invasionem tutoris abesse dicet, de quibus alioqui non possit probare, nempe ex *L. si quando*, *C. unde vi.*

VI. Cum superiora peregerit tutor, tum secure ad tutelam gerendam accedet, in qua administratione potissimum consistit officium tutoris, de quo quærimus. Id officium versatur partim circa personam pupilli, partim circa res ejus. In persona est, ut pupillum tueatur, ut declarat definitio tutelæ. *Inst. de tut.* in pr. Ad hanc tuitionem et curam personæ tria hæc pertinent. Educatio pupilli, Institutio, Defensio.

VII. In primis alimenta pupillo præstanda sunt; sine quibus esse persona non potest. Et hoc verbo intelligimus omnia ad victum et cultum personæ pertinentia. Quas ad res sumptus idoneos facere debet tutor, non quam minimos potest, sed qui fiant [4] pro facultatibus patrimonii, et dignitate familiæ. *L. cum plures*, 12. §. *pen. D. de adm. tut.* Quorum tamen de modo si dubitabit tutor, nihil alienum faciet ab officio, si de eo adibit prætorem: cujus arbitrio pro modo facultatum alimenta constituentur: sed hac lege, ut et sine prætoris auctoritate si quæ præstita sint pupillo, ea accepto ferenda sint, quæ vir bonus arbitrabitur merito erogata esse. *L.* 2. *C. de alim. pupill. præst.* Quid ergo, si pupillo alimenta a tutore non præstentur? Adeat pupillus prætorem: qui ne in alimentorum præstatione mora fiat, partibus suis fungetur, ut est in *L.* 1. *C. eod.* Sunt autem partes prætoris, ut de modo alimentorum prius constituens statim cogat tutorem ea præstare pupillo remediis ad eam rem comparatis, de quibus ante diximus. Quid, si tutor ad eam rem vocatus copiam sui non faciat? Pœna hic duplex est. Nam et tanquam suspectus removeri potest: *L.* 3. §. *tutor*, *D. de susp. tut.* et præterea si perseveret copiam sui non facere, ne alimenta decernantur, præcipitur, ut suis rebus careat, reique servandæ caussa pupillus mittatur in possessionem bonorum ejus, qui suspectus absentia sua factus est: quæque mora deteriora futura sunt, curatore dato distrahi jubentur. Hæc in *L. impuberibus*, 7. *D. de susp. tut.* Et cum dicitur mitti pupillum in possessionem rei servandæ caussa, agatur autem de alimentis pupillo servandis, quorum præstatio moram non patitur: intelligimus sic pupillum mitti in possessionem bonorum tutoris, ut inde alatur. Alioqui ad alimenta obtinenda inutilis sit hæc omnis rei possessio.

VIII. Educationi corporum et alimentis adjuncta est pupilli institutio: non ut tutor pupillum addicat iis studiis, et iis artibus, quas volet: sed ut prius certis addictum a parentibus aut cognatis, eum instituendum curet, necessarios sumptus faciendo cum ad studia, et res iis studiis necessarias comparandas: tum ad mercedes præceptoribus constituendas pro facultate item patrimonii et dignitate familiæ. *d. L. cum plures*, 12. §. *pen. D. de. adm. tut.* Quos sumptus facere si detrectet tutor, eadem remedia erunt, et eædem pœnæ adversus detrectantem, quæ supra; quandoquidem educatio corporis est; institutio animi, res longe potior.

IX. Pertinet ad eandem personæ curam pupilli defensio. De qua ita traditur in *L. tutoris*, 30. *D. eod.* Tutoris præcipuum esse officium, ne indefensum pupillum relinquat. Defendere dicitur pupillum tutor, cum pupillum ab aliis judicio conventum defendit ita, ut faciat omnia, quæ ad eam rem pertinent, ut si quid eorum detrectet, cum opus est, non videatur pupillus defendi, sic definitio est *L. generaliter*, 10. *D. de adm. tut.* Indicatur autem *ibidem*, quæ ad eam rem pertinere dicimus, ea tria esse, solutionem, judicium, stipulationem. Quæ non sic accipi oportet, quasi hæc omnia simul a tutore exigantur ad pupilli defensionem: sed ut intelligatur horum unumquodque exigi, prout res hoc aut illud desiderabit, prout hoc aut illo ad rectam defensionen opus erit. Solutione ad defensionem pupilli opus est, cum pe-

4) Vid. Menoch. *Arb. Cas.* 169. et apud quos educari debeat, vid. *tit. D. ubi pup. educa.* Menoch. *C.* 168. Jo. P. Surd. *de Alim. Tit.* 4. *Quæst.* 13. Charondas Thuriorum legislator educationem hanc cognatis (a matre) agnatis autem qui soli futuri pupillo heredes, curam bonorum committi voluit, ratus ita et insidiarum exsortes effici minores, et res horum diligentius administrari. Bapt. Egnat. Recemat. C. 12.

petitur aliquid de pupillo, quod constet a pupillo deberi. Non enim necesse habet tutor, si conveniatur, per judicem solvere, qui in eo quod petitur non prohibetur bonam fidem agnoscere. *L. quoties*, 9. §. *sicut. D. de adm. tutor.* Judicio ibi ad defensionem est opus, cum petitur aliquid, quod non constet. Nam si in hac incertitudine non est iniquum quemquam indefensum jus suum non relinquere; *L. illud*, 40. *D. de her. pet.* multo istius id præstatur in caussa pupilli a tutore, cui necessaria pupilli defensio incumbit. Stipulatio quam supra diximus ad defensionem pupilli pertinere, intelligi debet, satisdatio rem pupilli salvam fore in eo tutore, qui nomine pupilli agit: judicatum solvi in eo, qui pupilli nomine convenitur. Ne harum quidem utraque semper ad defensionem est necessaria: sed tunc solum, cum tutore ad judicium provocante, dubitatur, an sit tutor datus, aut an duret tutor. Nam alioqui ubi constet eum tutorem esse, nulla satisdatio, aut cautio neque ad agendum nomine pupilli, neque ad pupillum defendendum ab eo exigitur. *L. vulgo*, 23. *D. de adm. tut.*

X. In rebus pupilli gerendis officium tutoris hoc est, ut quæcumque sunt in rem pupilli, omnia bona fide [5] curet, ut in re sua faceret; hinc periculum et obligatio huic officio adjuncta, ut si quid dolo tutoris vel culpa contra evenerit, quod damnum ex ea re erit pupillo, id præstet. Definitio sumpta ex his duobus locis inter se junctis. *L. quidquid*, *C. arb. tut. L.* 1. in pr. *D. de tut. et rat. dist. act.* Id etsi ita generaliter et vere dicitur: est tamen per se obscurius, nisi hoc explicatur, quæ dicamus esse in rem pupilli, et in singulis quam vere ponamus officium et periculum tutoris; et maxime ideo, quod pleraque hic jure tanquam factu utilia tutori injunguntur, quæ non statim quivis ita in rem pupilli esse existimet, quin tutori prout ipse de his statuetur, videantur debuisse esse utilia. Quare ut de hac parte certo liqueat; quæ sint in rem pupilli in bonorum administratione, et quo jure in hac caussa habeantur, plenius cognoscendum est. Quod fiet propositis sigillatim hujus administrationis partibus.

XI. In rem pupilli esse recte definiemus, quidquid fieri aut non fieri in rerum administratione pupillo prodest, omitti contra aut fieri pupillo nocet. Prius genus versatur in commodis; posterius in incommodis et oneribus patrimonii; hisque in rebus hoc officium est tutoris, commoda ut fideliter procuret, incommoda prohibere et amoliri studeat. Sic fit, ut officium tutoris; quod circa pupilli res gerendas versatur; contineatur his partibus duabus; commodorum honesta procuratione, et incommodorum atque onerum amolitione.

XIII. Commoda spectantur partim in quæsitis rebus; partim in acquirendis. De rebus pupillo quæsitis sic præcipitur constitutionibus, ut si immobiles sunt, serventur per omnia a tutoribus nec alienentur sine decreto magistratus. Idem si sint mobiles; sed cum hac exceptione, nisi, si quæ sint oneri, aut servando deteriores fieri possunt. Cautum *L. lex quæ tutores*, *C. de adm. tut.* Et quoniam non frustra jubentur servari, sed ut servatas semper pupillo habere liceat, hoc etiam in officio tutoris esse intelligimus, ut eas recte administrando, quoad licet, integras præstet. Quod his rebus consequetur; puta prædia rustica recte colendo, urbana sarta tecta præstando, animalia recte pascendo, ægrota curando, cæteras res a situ et rubigine prohibendo, omnes autem mobiles fideli custodia continendo. Quæ omnia si quis dubitat, an sint in officio tutoris, esse intelliget ex ea obligatione, quæ de his rebus est, dum ita cavetur, ut quidquid dolo vel culpa tutoris de rebus pupillo partis aut in totum aut ex parte amissum est, id venire in judicium tutelæ. *L. quidquid*, *C. arb. tut.*

XIII. Nec minus res nondum quæsitæ; quæ pupillo acquiri possunt, ut ad commodum pupilli, ita ad eamdem curam tutoris pertinent, ut acquirantur. Cujus generis species sunt tres; Res pupillo delatæ; Quod pupillo debetur; Rerum pupillarium fructus. Res delatæ; ut donationes collatæ in pupillum, hereditates testamento aut lege delatæ. In quibus vel tutore auctore, vel conditione a parente acquirendis, ut officium tutoris ad eam rem agnoscere liceat; placet sive hæ auctore tutore repudiatæ sint, sive cum delatæ essent sub conditione, conditioni paritum non sit, cum posset, periculum amissæ rei ad tutorem pertinere. *L. pupillorum*, 21. *C. de adm. tut. L.* 4. *C. arb. tut.*

XIV. Quod pupillo debetur, ejusdem curæ est, nempe ut primo quoque tempore per tutorem, quantum potest, exigatur. Primum ut fructibus rei exactæ augeatur, pupillus; deinde ne si debitores inter moras efficiantur non

5) Et jurare cogitur omnia se recte et cum utilitate gesturum, nec utilia prætermissurum, nec inutilia admissurum per *L.* 27. *C. de Ep. aud.* vid. Manz. *in Q.* 3. *tertiæ Q. principalis n.* 7. Gutierez. *P.* 1. *C.* 12. *n.* 31.

non solvendo, res pupillo pereat, cum nullam videatur actionem habere, cui propter inopiam debitoris inanis actio est. *L. nam*, 13. 6. *D. de dol.* Hinc et [6] nominum periculum ad tutorem pertinere placet. *L. si tutor*, 15. *D. de adm. tut. L. debitoribus*, 18. *C. eod.* Et rebus debitis exactis, quantum fructuum ex his percipi poterat, ad regulam rerum jam partarum redigi debere verum est. De quibus quod ad omnem speciem rerum acquirendarum valeat, definiendum est, quod est in *L. quidquid*, *C. eod.* quidquid minores cum possent, tutorum culpa non acquisierint, in judicium tutelæ venire. In hoc autem numero sunt fructus, qui percipi potuerunt.

XV. Ac cæterarum rerum fructus, qui vel ex corpore ipso, vel ex locatione rerum, aut operis servorum percipiuntur noti sunt: de quibus in *L. ancillarum*, 27. et seqq. *D. de her. pet.* De pecuniæ autem fructibus hoc loco quæsitum est, quid de his tutores sersuus oporteat. Nam et pecuniæ numeratæ vare est fructus, isque duplex. Unus in prædiis ex ea pecunia comparandis, si qua emendi facultas est. Alter in pecuniis fœnori collocandis, unde usuræ capiantur.

XVI. Estne igitur aliqua necessitas, quæ tutorem cogat horum alterutrum facere? et si qua est, qualis est, utrum ejusmodi, quæ liberum relinquat tutori, utrum horum faciat, an vero ea, quæ cogat alterum potius facere, ut nisi faciat, periculo omissi urgeatur? De quo olim ita jus fuit, ut si tantum pecuniæ esset pupillo, ut inde ager comparari posset, pecunia non debuerit fœnori collocari, multo minus spargi ad aliquos non necessarios usus; sed in unum conferri, et deponi ad prædiorum emptionem. *L.* 5. in pr. *D. de adm. tutor.* Ni faceret tutor, ibi desiderante pupillo, aut amicis, aut tutoribus iis, quibus tutelæ administratio concessa non erat, jubebatur a prætore deponere, addita hac pœna, ut si neque ad emptionem conferre, neque deponere pervicaciter perstaret, juberetur quoad emptionis occasio inveniretur, vinculis publicis contineri, si in aliqua dignitate positus non esset: insuper et pro suspecto haberetur. Hoc in *L.* 3. §. *tutores qui.* ut lectio est vulgarium exemplarium omnium. *D. de susp. tutor.* Sed et si post depositionem pecuniæ comparare prædia tutores negligerent, placebat a prætore cogendos esse ad comparationem: sic tamen, ut si cessarent, nec cogerentur a prætore, etiam usuris plecterentur tarditatis nomine, nisi si per eos factum non esset, quominus compararent. *L. tutor*, 7. §. *si post depositionem*, *D. de adm. tut.* Erant autem in eo, si quidem præceptum non esset, ut pecunia deponeretur, usuræ pupillares; sin præceptum esset, legitimæ: id est illic usitatæ, et quæ in provincia frequentantur: hic maxime, id est [7] centesimæ, sic dictæ, quod intra hunc modum omnes usuræ lege coerceantur, ac proinde solæ sint legitimæ. Indicantur hæc in *d. L.* 7. §. *si deponi*, et §. *quæ autem*, *eod.* Quod si etiam ante quam tutores pecuniam deponerent, docerentur pecuniam vertisse in usus suos, placebat non minus et tunc eos legitimas usuras præstare debere. *eod. L.* 7. §. *si deponi*, et §. *idem solent.* Vertisse autem in usus suos intelligitur, qui ea pecunia clam usus est, et tanquam sua abusus, non is qui eam pecuniam fœneravit, quamvis suo nomine? *L. Lucius*, 46. §. *tutorem*, *D. de adm. tut.* aut is, qui a contutore suo mutuam accepit, et certas usuras promisit, palam se et aperte ut extraneus quivis debitorem pupillo faciens, ut eleganter disserit Tryphoninus in *L. non existimo*, 54. *D. eod.* In eadem caussa erat tutor, qui licet pecunia usus non esset, tamen negasset se habere aliquid penes se ad pupillos alendos. *ead. L.* 7. §. *idem solent*, et §. *quæ autem.* Quod si non sufficeret pecunia ad agrum emendum, non erat depositioni locus, *L.* 5. in pr. *D. de adm. tut.* Sed tunc transibatur ad alterum fructum pecuniæ. Jubebatur enim pecunia collocari fœnori, ne pupillo vocaret, et si debita esset pupillo, jubebatur exigi, ut exacta in hunc usum conferretur: idque hac lege, ut si pecuniam tutor neque exigeret, neque collocaret intra tempus ei rei præstitutum, tum debere inciperet ejus pecuniæ usuras: interdum etiam pecuniam non exactam, una cum usuris. Sed usuras solum, si

6) De quo et quatenus vid. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 49. ubi distinguit. Nomina prius contracta vel a patre pupilli, vel ab intecessore ita periculo sunt tutoris, si lata in non exigendo negligentia minus idonea effecta *L.* 2. *C. arb. tut.* ubi pupillo probandum tunc cum suscepta tutela fuisse idonea. Quæ vero tutor ipse contraxit, in iis præstanda lata ac levis culpa, non tantum in contrahendo, ut si illi credidit, cui diligens paterfamilias non credidisset *L.* 37. §. 1. *de neg. gest. L.* 7. *C. arb. tut.* Sed et in exigendo, ita tamen ut tutori probandum sit tempore mutui dati nomen idoneum fuisse per *L.* 1. §. *probatio* 13. *de magistr. conven.* Quo probato, si pupillus dicat negligentia nomen deterius redditum ipse probet, per *L. chirographis* 57. *in fin. Pr. h. t.* Quod si omnis culpa in contrahendo absit, nec mora in exigendo commissa, exsors periculi tutor *d. L.* 37. §. 1. *de neg. gest. L.* 50. *hoc tit.* Nec enim ratio est ulla, cur major in nominibus diligentia præstanda, quam in aliis rebus. Alias cum olim inviti etiam fœnerarent, numquam sibi satis a periculo cavere potuissent. Sane si apud nummularios, publice idoneos habitos, pecunias collocaverit, excusator, etsi illi deinde foro cedant, Bart *in L.* 10. *C. de pig. act.* arg. ejus L. et refert ac probat Don. noster *ibid. n.* 17. Sed nec diem solvendi debitoribus prorogare potest, vid. Fachin. 12. *Contr.* 56.

7) Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 7. *Princ.* 7. *Ill.* 11. ubi tamen satis audacter *d.* §. 7. *et* 3. *seqq.* Triboniano adscribit, ceu a juris ratione alienas.

si per duos menses [8] cessasset tutor pecuniam exigere et collocare. Et de hac specie loquitur Ulpianus in *d. L.* 7. §. *usuræ*, *de adm. tut.* Pecuniam autem etiam quanvis non exactam, et eam una cum usuris, si intra sex menses integros tutor pecuniam non collocasset. De qua specie loquitur Paulus in *L. si tutor*, 15. *D. de adm. tutor.* Et hoc, inquam, de pecuniis pupillaribus bene collocandis ita olim jus fuit.

XVII. Justinianus autem magna ex parte emendavit, dum studet acerbitatem hujus juris emollire, et faciliorem administrationem minusque expositam periculo debitorum tradere tutoribus, atque hoc modo eos invitare ad tutelam suscipiendam. Extat ejus de hac re constitutio in *Novel.* 72. *Ut hi, qui se perhib. hab. obl. res minor.* §. *quoniam.* Quo loco nova tria hic induxit. Nam primum intra duos menses primos singulorum annorum jussit omnem pecuniam pupillarem, quæ tum reperietur, servari, ac veluti deponi, sive ea sufficiat ad emptionem prædii, sive non sufficiat. Secundo loco duobus istis mensibus exactis omnem pecuniæ deponendæ necessitatem sustulit, liberum faciens tutori, utrum pecuniam quantamcumque servare velit in emptionem prædiorum, an vero eam fœnori collocare. Tertium etiam adjecit, ut quanvis pecuniam in deposito tutor non haberet, tamen ne sic quidem fœnori collocare cogeretur, sed retinere posset apud se [9] otiosam, idque esset impune, timendi videlicet, ne si in parum idoneos debitores aut parum fideles incideret, non tantum usuras non consequeretur, sed etiam de sorte ipsa in discrimen veniret.

XVIII. Non minus et incommodorum amolitio ad fidem, officiumque tutoris pertinet, dum id agitur, ut incommoda, onerave, si quæ sunt, aut metuuntur, diligentia et cura sua tutor amoveat. Hæc incommoda in rebus duo esse solent. Versantur enim aut in pecuniis, quæ sub usuris debentur, aut in rebus partis, quæ sine incommodo, aut periculo domini servari non possunt. Pecunias sub usuris debitas quis ignorat onerare eum, qui debet? Ideo boni tutoris officium est eas statim exsolvere cæteris creditoribus, ne usuræ currant; nec expectare, ut si conveniatur, per judicem solvat, si modo pecunia fuit unde solveret. Neque enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere. Et si illi debitum fuit, ut aliis solvere potest et debet, ita et sibi. Ni solvat, periculum ejus est. *L. quoties*, 9. §. *sicut*, *D. de adm. tut.* Res quæ sine incommodo aut periculo servari non possunt, sunt animalia supervacua; de quibus in *L. lex quæ* in fin. *C. de adm. tut.* item res quæ tempore deteriores fiunt, ut vinum, oleum, frumentum, fructus, vestes quæ detritæ usu, seu corruptæ servando servari non possunt: de quibus in *L. ult.* §. *ult. d. L. lex quæ*, §. *ult. C. de adm. tut.* Ideo et in his officium tutoris est, eas statim detrahere: placetque, si in ea distractione cessaverit, eum rem periculi sui facere. *L.* 7. §. 1. *D. de adm. tutor.*

XIX. Officio tutoris cognito, quale descripsimus, etiam de eo hoc restabit, ut quæratur, quandiu duret, neque id temere. Etsi enim cum dicatur officium esse tutoris, valde consentaneum videbatur, id finita tutela desinere, quo tempore et tutor esse debuit: tamen id interdum secus est. Quocirca quibus in caussis id accidat, cognoscendum est. De quibus breviter subjiciam. Et caussæ hæ sunt, quæ administrationi priori conjunctæ et cohærentes ita sunt, ut videantur pars esse ejus administrationis. Cujus generis caussæ sunt tres. Una est in curatoribus adolescenti petendis. Etiam hoc ad officium tutoris pertinet: adolescentem finita tutela monere, ut sibi curatorem petat, aut ipsi ultro petere: non qui aut petere, aut petitum sibi admittere cogatur, nam adolescentes inviti curatorem non accipiunt: §. *item inviti*, *Inst. de curat.* sed ut hac sive admonitione, sive petitione constare possit, tutorem in hac parte officio suo non defuisse. Placetque ad eam rem sufficere tutelæ judicium, quasi connexum sit hoc offi-

8) Donellus noster hic *d. L.* 15. videtur (non enim satis clare prodidit) accipere de usuris præstandis a tutore pecuniæ fœnori non positæ *d. L.* 7. §. 11. vero de usuris pecuniæ sine illis debitæ non exactæ. Sed melius, opinor, Cujac. 5. *Obs.* 12. *et de Div. temp. præscr. C.* 13. *ex Nov.* 72. *C.* 6. *in fin.* ita: Primo anno sex menses dati fœnerandis pecuniis, sequentibus singulis duorum mensium induciæ redigendæ et rursus ponendæ, quod tantum temporis ad id necessarium videatur. Ideoque singulis annis duo menses immunes a præstandis usuris pupillaribus; et A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Princ.* 7. *Ill.* Andr. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 26. *n.* 1.

9) *Auth. novissime C. h. t.* Covar. tamen 3. *Var. Resol.* 2. *n.* 1. scribit teneri hodie tutorem pecuniam vel in emptionem prædiorum expendere, vel mercatori tradere ad partem honesti et liciti lucri recipiendam, juxta mores regionis. Ideoque si frequens annuorum redituum venditionis usus, non excusari, qui otiosam retinuit pecuniam, sed teneri ad id quod interest. Quin Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 26. *n.* 6. hodie fere recessum a dispositione *d. Nov.* 72. et ad jus vetus reditum testatur. Sed H. Pist. *Lib.* 1. 49. *n.* 20. *et seqq.* non obscure agnoscere videtur, nec hodie necessitatem fœnerandi injungi tutoribus. Quod si tamen steriles tutor nummos non esse voluerit, tametsi videri possit omne nonnunquam periculum ad eum pertinere etiam citra culpam contingens per *d. Nov.* 2. *C.* 6. *in fin.* et quia imputari possit ipsi cur ultro se in id periculum conjecerit, cum domi servare pecuniam licuerit; aliud tamen dicendum et distinguendum esse, ut *N.* 6. eo quod salva æstimatione vix fœnerationem prætermittere possit; nec suspicione vacet, quod nummos in suos ipse usus verterit. Vid et Manzin. *Q.* 3. *Tertiæ Q. principalis n.* 9. Cujac. *in Nov.* 72. Jo. Bapt. Costa *de Facti scientia et ignor. Dist.* 24. *Cent.* 1. Fr. Munnoz. de Escobar *de Ratiocin. administr. Cap.* 14. Rusticum tutorem excusari quod nummos pupillares non fœneraverit, Renat. Chopp. *Lib.* 1. *de Privil. rust. P.* 1. *Cap.* 5.

officio tutelæ. *L.* 5. §. *si tutor*, *D. de adm. tut.*

XX. Ergo curatoribus petitis duobus temporibus officium tutoris finem accipit: et tunc præcipue, cum curatores constituti sunt; et tunc quoque cum petente tutore per eum non stetit, sed per adolescentem, quominus curatores constituerentur, dum adolescens admittere detrectat. Sed utrumque dissimili effectu. Nam curatoribus constitutis non solum officium tutoris ita finem accipit, ut jam gerendæ rei periculum ad eum non pertineat, quod non pertinere constat: *L. ult. C. de peric. tutor.* sed et omnia negotia, etiam quæ a tutore inita erant, ad fidem curatorum pertinere incipiunt. *L. a tutoribus*, 33. *D. de adm. tut.* Quo significatur tutorem etiam eorum, quæ gerere cœperat, exsequendorum necessitate hoc casu liberari. At hoc posterius non item tribuitur ei, cum adolescentes finita tutela curatores non acceperunt. Quo tamen in genere non uno modo cœpti periculum ad tutorem post finitam tutelam pertinet. Alia enim caussa est litis cœptæ, alia cæterorum negotiorum a tutore inchoatorum. Liti cœptæ, sine ulla conditione adsistere jubentur tutores, qui necdum administrationem ad curatores transtulerunt. *L. unica*, *C. ut caus. post pub. ads. tut. L. tutor*, 27. *D. de app.* Nempe ideo, quod non est liberum litis cœptæ actionem omittere, quam adversarii instantia necessariam, aut cum periculo amissionis conjunctam facit: et quod tutor qui cœpit, melius scire potest, quid merita caussæ postulent. In cæteris negotiis cœptis ita demum in administratione quamvis connexa post puberem ætatem perseverare, et totius temporis administrationem præstare cogitur tutor, si finita tutela iisdem rebus se immiscuerit. Quod si se non immiscuit, sequentis temporis periculum non sustinet. *L. tutor post puberem*, *C. arb. tut.* Hoc dissimiliter atque in lite cœpta, quod cœpti persecutio in hoc genere non est necessaria: aut si adolescens putet necessariam, monitus curatorem accipiet, a quo non minus recte cœptum perfici potest.

CAP. XX.

Ex officio tutorum quæ eorum obligatio, quæ præstationes: & quæ harum obtinendarum caussa actiones cautionesve pupillo proditæ.

Tutor obligatur gesti et nec gesti nomine. I.
- *Gesti tenetur res pupillo quæsitas restituere, et dolum et culpam præstare de amissis.* II.
- *Non gesti nomine damnum præstat quodcunque rebus pupilli accidit ex ipsius negligentia.* III.

Tutor latam culpam præstat; secus negotiorum gestor. Quæ discriminis ratio. IV.
Actiones adversus tutorem adolescenti proditæ quatuor; et quæ illæ. V. VI.
Tutelæ actio præcipua; de hac ex parte explicata alia hic rursus quærenda. VII.
Immunitas a testatore data tutori non hunc liberat a tutelæ præstationibus; quæ verior ratio. VIII.
Tutelæ agi potest dumtaxat, ea finita. IX.
- *Et quidem adversus unum tutorem, si solus fuerit, vel solus gesserit, aut adversus omnes in solidum, si gesserunt simul.* X.
- *Nisi hi divisionis, aut cessionis, aut tutelæ utilis actionis utantur beneficio. Quæ hic exceptio.* XI.
- *Quid si nemo tutorum gesserit.* XII.

I. Atque hoc officium tutorum est in tutelæ administratione. Ex hoc officio exsistit ea obligatio, qua tutor pupillo tenetur, quæ quid contineat, superest, videamus. Et de ea licet eadem præcepta propemodum agnoscere, quæ in superiore administratione voluntaria esse diximus. Duplicem nimirum esse hanc obligationem, Unam gesti, Alteram non gesti.

II. Gesti autem obligationem easdem illas præstationes habere duas. Unam de rebus quæsitis: alteram de his quæ male gerendo amissa sunt. Quidquid ex patrimonio pupilli, quidquid per occasionem ejus administrationis quæsitum penes se habet tutor, id non sibi habet, sed pupillo, cujus negotium gerit. Itaque finita tutela reddere debet. Nam si etiam jubetur præstare, quod non habet, quia amiserit: *L. quidquid*, *C. arb. tut.* quanto magis si quid habet ex his negotiis, omne restituere cogitur? præsertim cum id retinere non possit sine aperto dolo: constet autem tutorem in universa administratione sua maxime omnium dolum præstare debere.

L. 1. *D. de tut. et rat. dist. act. d. L. quidquid, C. arb. tut.* Denique hæc præstat, qui sponte ad aliena gerenda accessit, ut docuimus in voluntaria negotiorum administratione: *L.* 2. *D. de neg. gest.* quanto magis tutor, qui ideo datur pupillo, ut eum præcipua quadam cura et studio tueatur, ut et tutoris nomen? De male gestis certi juris definitio est, si quid male gerendo amisit tutor, corrupitve in bonis pupilli et rebus ad administrationem tutelæ pertinentibus, id eum præstare debere, sive dolo malo ejus acciderit, sive etiam culpa. *d. L. quidquid, C. arb. tut.* nec solum culpa levi, sed etiam, quia in faciendo sit, levissima. Semper enim factum suum quisque in damno dando præstare debet, cum fuerit in ejus potestate non facere. Indicio est actio legis Aquiliæ, quæ de damno alii culpa dato ita proposita est, ut placeat in eam etiam culpam levissimam venire. *L. in lege*, 44. *D. ad leg. Aquil.* Esse autem hanc culpam, cum quod a diligente provideri potuit ante quam fieret, non esset provisum. *L. si putator*, 31. *D. eod.* Exemplo sint ex innumeris pecuniæ pupillares male collocatæ; puta si solvit tutor, quod pupillus non debebat; si prædia non idonea emit; si in pecuniis fœnerandis mala nomina [1] contraxit, debitores non idoneos secutus. *L. cum quæritur*, 16. *D. de adm. tut.* Quo tamen loco admonemur, si plura nomina a tutore contracta sint, ex quibus quædam sint bona, quædam mala, esse quidem in potestate adolescentis male contracta non admittere; sed hanc conditionem ei deferri, ut aut omnia agnoscat, aut ab omnibus recedat, quasi tutor sibi negotium gessisset. Hoc in *d. L. cum quæritur*, 16. *de adm. tut.*

III. Non gesti obligatio generalem hanc unam præstationem habet, ut quomodocumque negligentia tutoris factum sit, ut non habeat pupillus, quod habere potuisset, earum rerum omnium nomine teneatur tutor, ut damnum præstet. *L.* 1. *D. de tut. et rat. dist. act. d. L. quidquid, C. arb. tut.* Sive ergo tutor jam parta interire, aut deteriora fieri passus est; sive quæ acquiri poterant, non acquisiit; sive quæ incommoda lædebant patrimonium, non amovit: omnia in ea caussa sunt, ut quidquid in his damni factum erit, id tutor pupillo præstare debeat. Consulantur hic omnes eæ partes, in quibus versari officium tutoris supra diximus. Reperiemus in singulis periculum adjunctum esse, quod superiorem præstationem exigat ab eo, qui quid eorum, quæ facere debebat, omiserit. Unde probatio hujus partis nullo negotio sumetur.

IV. Sed animadvertendum in hac parte, quod veteres de culpa tradiderunt a tutore in his quæ gerere debuit majorem ab eo diligentiam non exigi, quam quantam suis rebus adhibere solet. *L.* 1. in pr. *D. de tut. act. L. a tutoribus*, 33. in pr. *D. de adm. tutor.* Quo significatur, si tantum adhibuerit pro suo captu, securum esse, etiam si in suis rebus negligentior fuerit. Atque ita fieri, ut nihil tutor præstare debeat, nisi eam negligentiam, quam in suis rebus non solet committere, id est latam. Atqui diximus eum, qui voluntate sua ad res alienas gerendas accessit, in his rebus exactissimam diligentiam præstare debere, ut quanvis ipse in suis rebus gerendis fuerit negligentior, non sit tamen excusatus, nisi eam diligentiam adhibuerit, quam diligentissimi patresfamilias solent. §. 1. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc.* Sane diximus, neque ideo hæc sunt contraria, sed utrumque optima ratione constitutum. Sic enim statui debet, quisquis alterius caussa quid gerit, æquissimum esse eum in eo negotio, quod suscepit, excusatum esse, si tantum præstet sedulo, quantum bona fide pro suo captu [2] potest: dummodo culpa sua ad id gerendum non accesserit. *L. quod Nerva, D. depos. L.* 1. §. *nunc videndum, D. commod.* Jam vero in tutela nulla culpa est tutoris ad tutelam gerendam accedentis, quanvis in ea negligentius versetur, dum consueta in suis rebus negligentia id faciat; gerere enim cogebatur. Quod contra fit in voluntaria rerum administratione. Et huc pertinere diximus regulam juris, qua traditur, culpam esse immiscere se rei ad se non pertinenti. *L. culpa est, D. de reg. jur.* De cujus sententia plura illic ut in loco scripsimus. Atque hac ratione recte defenditur, etiam in his, quæ tutor non

1) Periculum nominum finita tutela quando ad tutorem vel pupillum spectet, et de intellectu *d. L.* 16. vid. Hartm. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 49. *n.* 15. *et seqq.* ubi *n.* 19. Si a tutore debita diligentia præstita, nomina licet minus idonea agnoscere debere pupillum. Nec resistere *d. L.* 16. cum ibi hoc solum definiatur, an si quædam nomina sint quæ pupillus agnoscere non tenetur, ea periculo tutoris committere liceat, approbando nomina idonea. Quæ vero sint illa nomina, de eo nihil illic exprimi; aliunde petendum. Quin et *d. L.* 16. non loquitur de nominibus simpliciter malis, seu deperditis, sed male contractis ubi culpa intervenit tutoris in credendo.

(2) Et quod levissimam culpam non prestet P. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. P.* 14. Delrio *ibid. C.* 13. et Bocer. *C.* 4. *n.* 11. Nec obstat *L.* 4. *C. de peric. tut.* ubi casus fortuitos non imputari habetur. Omnis igitur culpa imputabitur. Nam non est, ait P. Faber, rescriptum integrum, sed una totius rescripti portiuncula. Nec argumenta ista, in LL. Cod. ad quæsita et hypotheses rescriptis, admittenda. Dissent. Cujac. *ad. d. L.* 23. Hot. *in* §. *suspectus*. 6. *I. de susp. tut.*

non dico omisit, sed etiam fecit, non nisi latam culpam eum præstare debere; si quod fecit, tale fuit, ut ei nominatim injungeretur. Quale est, si ex ea pecunia, quam in emptione prædiorum depositam habebat, jussus prædium emerit. Qua in specie placet, si tutor prædia comparaverit non idonea, dum neque per sordes, neque per gratiam id fecerit, sed quod per imperitiam non bonam conditionem elegerit, eum non teneri; denique solam latam negligentiam eum præstare in hac parte debere. Hoc in *L. tutor*, 7. §. [3] *competet*, *D. de adm. tut.*

V. Atque hæc obligatio est tutorum in rerum administratione; hæ in hac obligatione præstationes. Quarum obtinendarum caussa quatuor sunt sive remedia, sive actiones adolescenti proditæ: ex quibus duæ principales; duæ ad cautionem priorum accedunt. Principales sunt, quæ de re principali, seu de re, quæ in obligatione tutelæ versatur, competunt; ambæ in personam, ambæ ex quasi contractu, eoque et ad hunc locum proprie pertinentes. Una est communis, ad omnes præstationes superiores tutelæ pertinens, quæ per excellentiam dicitur actio tutelæ, dum significatur directa tutelæ actio: ut declaratur in §. *tutores*, *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* quæ eadem solum rei persecutionem continet. Altera specialis ex lege duodecim tabularum, quæ dicitur nostris actio de rationibus distrahendis, ut *L.* 2. *D. de tut. et rat. distrah. act.* Alias actio rationibus distrahendis, eadem figura verborum, qua actio familiæ erciscundæ, actio communi dividendo, ut si dicas actionem ad rationes tutelæ distrahendas: quemadmodum istæ alteræ ita dicuntur, quod sint proditæ ad familiam erciscundam, ad commune dividendum. Sic nominatur hæc actio in iscriptione tituli, *de tut. et ration. distrah. act.* Competit autem solum de iis rebus, quas tutor ex patrimonio subtraxit, et est in duplum, ut in duplo simplum contineatur. Hæc in *d. L.* 2. in fin. *D. de tut. et rat. dist. act.* Commemoratur hæc actio paulo explicatius in *L. tres tutores*, 55. *D. de adm. tut.*

VI. Accessoriæ superiorum actiones duæ item sunt, pro numero videlicet proditæ earum cautionum, quæ idoneæ adolescenti jure tributæ sunt, dum id agitur, ut res ei quovis modo salva sit. Cautiones idoneæ hæ sunt, fidejussores, et pignora. Sed fidejussores in hanc rem tunc solum, cum tutores satisdederunt rem pupilli salvam fore: quæ satisdatio non ab omnibus tutoribus exigitur, ut suo loco diximus. Pignora autem semper; cum placeat jure pro officio administrationis omnia bona tutoris minori esse obligata, sive tutor gesserit, sive cum gerere deberet, non gesserit. *L. pro officio*, 20. *C. de adm. tut.* Hinc pupillo novæ actiones; adversus fidejussores quidem ex stipulatu: adversus autem pignorum possessores hypothecaria. Sed ita, ut et fidejussoria ista obligatio, et pignorum persecutio nihil hic admodum habeant, quod proprie servetur in tutela. Communibus præceptis ista continentur, quacumque ex caussa fidejussores, et cujuscumque rei nomine pignora intervenerit. Ideo utraque hæc pars ad locum communem de fidejussoribus, et pignoribus ut suum remittenda est. Et tamen quia exstat tum in Pandectis, tum in Codice Titulus *de fidejussoribus tutorum*, is non inutiliter a nobis hoc loca consuletur.

VII. Solum propria est hujus administrationis actio tutelæ, quæ est de principali obligatione, de qua ante disseruimus; quam eamdem dicimus ex quasi contractu nasci. De ea actione quædam nota sunt, utpote a nobis jam ante exposita; quædam ejusmodi, quæ ut sunt propria hujus actionis, ita præcipua commonefactione indigent. Priora illa sunt, Cui detur directa actio tutelæ, et Quibus de rebus, seu quid in eam actionem veniat. Nos et competere ei, cujus tutela gesta est, aut geri debuit; et esse de his præstationibus, quæ in obligatione tutelæ versantur, satis diximus.

VIII. Illud hoc loco addendum, nec si testator jusserit tutorem immunem esse a rationibus reddendis, ea re de obligatione et præstationibus superioribus quidquam imminui; quod propria ratione defenditur in *L.* 5. §. [4] *Julianus*, *D. de adm. tutor.* Certior ra-

3) Ubi specialem casum proponi vult Delrio *d. C.* 13. *p.* 219. per verba *in hac parte*, quia in prædiis comparandis etiam idonei patresfamilias facile falli soleant. Sane noster Donellus secum in hoc capite pugnare videtur, dum *supra n.* 1. exemplum levissimæ culpæ præstandæ ponit in prædiis non idoneis comparatis. Sed forte illic sensit de emptione facta citra necessitatem jure impositam.

4) *ἀνεκλογίστους*, ut Pandectæ Florentini, non analogista, ut vulgati libri habent teste Pio Anton. Bartolino *Auctar.* *Ca.* 43. qui mavult *logistas.* Valet tamen remissio rationum reddendarum ad hoc ut culpæ nomine conveniri nequeat. Modus enim exigendis rationibus adhibitus censetur, et remissa culpæ scrupulosa inquisitio, arg. *L.* 119. *de leg.* 1. Moller. 1. *semestr.* 39. *n.* 8. Zoanet. *Rer. Quotid.* *C.* 32. *n.* 1. et A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Princ.* 7. *Ill.* 5. Eodemque modo accipiendum legatum damni, quod quis ex tutela senserit relictum *d. L.* 5. §. 7. *in fi.* nec assentiendum Ant. Fab. *d. lo.* putanti et id damnum contineri quod doli ratione in condemnationem tutelæ alias venire debet, quia hic nulla doli expressa mentio sit. Ergo per *L.* 195. *de R. I.* et quia legati effectus ad præteritum dolum, qui remitti potest, pertineat. Qua enim fronte negabitur hac ratione non æque viam fraudibus aperiri, aut qui magis tacita pactio doli remittendi valebit quam expressa, vid. *Lib.* 16. *C.* 6. Sit sane dolus præteritus tempore quo dies legati cedit, at non tempore agniti legati, aut quo no-

ratio est hæc, quæ ex aliis locis sumitur. Nam si testator nihilominus bonam fidem præstari voluit a tutore, eadem obligatio manet tutorem. Sin testator tutori bonam fidem remittere voluit, nihil agit; quia isto modo præceptum invitat ad delinquendum, impunitate scilicet improbæ administrationis proposita. Quod genus præcepta, cautiones, pacta, tanquam turpia, et bonis moribus contraria sine exceptione improbantur. *L. illud, D. de pact. dot. L. si unius*, §. *pacta*, *D. de pact.* Qua ratione constitit, nulla pactione effici posse, ne dolus malus præstetur. *d. L. si unus*, §. *illud*, *D. de pact.*

IX. Reliqua duo sunt. De quibus cognoscamus. Quando detur hæc actio. Et si plures tutores dati fuerint, adversus quos, et quatenus. Et actionis tutelæ proprium hoc est præter cæteras, quæ ex rerum administratione oriuntur, ut quanvis multa et varia fecerit, vel omiserit tutor, quamobrem tutelæ nomine obligetur pupillo, tamen de his hac actione nisi finita tutela agi non [5] possit *L.* 4. *D. de tut. et ratio. dist. act.* Jus, inquam, ita tutelæ actionis proprium, ut nec ad necessariam curæ administrationem pertineat. Nam cum curatore pupilli vel adolescentis agi potest, etsi adhuc cura perseveret. *L. si cum adhuc*, 16. in fin. *D. de tut. et rat. dist. act. L. cum curatore*, 16. *D. de adm. tut.* Differentiæ ratio in curatoribus paulo post exponetur.

X. Hanc actionem adversus tutores dari constat. *d.* §. *tutores*, *Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc.* Si unus fuit, expeditum est, quis, et quantum periculum sustineat, qui universo patrimonio datus est. §. *datus*, *Inst. de exc. tut.* Si plures dati sint, incidunt hæ quæstiones: teneantur ne unus, an omnes, pluresve; et si plures, quatenus singuli teneantur. In quo hæc distinctio tenenda est. Si unus ex pluribus gessit, cæteri non gesserunt: semper primo loco convenitur, qui gessit; nec unquam ad eos, qui non gesserunt, prius pervenitur, quam convento eo qui gessit, et fidejussoribus ejus, si quos dederit, compertum sit eos non esse solvendo. [6] *L. ult. C. de divid. tut. L. tutores*, 39. §. *in eum*, *D. de adm. tut.* Quod si omnes pariter gesserunt, singuli ipso quidem jure in solidum tenentur; in quam sententiam accipi oportet. *L.* 2. in fin. *C. de divi. tut. L. cum interdictæ* in fin. *C. arb. tut.*

XI. Sed et ex æquo et bono jus temperatum est, et hæc beneficia tria singulis tributa, Unum divisionis, Alterum cessionis, Tertium actionis in factum etiam non cessæ. Sunt autem hæc beneficia hujusmodi. Si cum conveniuntur, seu tempore litis cum uno contestatæ omnes [7] solvendo sint, utuntur beneficio fidejussorum, ut desiderantibus ipsis dividatur actio inter eos; si qui autem non sint solvendo, hoc cæteros onerent. Quod si unus contempta hac divisione ultro solidum solvere paratus sit, jure prius postulat a pupillo, ut sibi [8] cedat actionem tutelæ adversus cæteros contutores. Si ne hoc quidem postulat, aut petitum non impetrat, tamen placet ei, qui solidum solvit, ultro utilem tutelæ actionem dari quanvis [9] non cessam adversus contutores. Exstat hæc distinctio in *L.* 1. §. *nunc tractemus*, *D. de tut. et rat. dist. act.* Excipitur ibidem, si quid communi dolo gestum sit a tutoribus: idque hac ratione, quod cum in eo singuli proprii delicti pœnam subeant, indignum sit eos quidquam consequi eo nomine a cæteris doli participibus: præsertim cum nulla sit societas maleficiorum, nec communicatio justa damni ex maleficio.

XII. Quod si nemo tutorum gessit, hic duo sunt cum superioribus communia, duo discrepant. Communia hæc, quod hi omnes jure ipso in solidum tenentur; *L. tres tutores*, 55. *D. de adm. tut.* et tamen nihilominus divisionis beneficio uti, si quo tempore conveniuntur, omnes solvendo sint. *L. si plures*, 38. *D. eod.* Discrepat cessio actionis, et actio utilis non cessa.

CAP.

titiam habere cœpit legatarius; idemque tutor libere sibi et impune, posita Fabri sententia, in res pupilli grassari licere putabit. Quæstio, num rationum redditio eo ipso remissa, quod inventarium conscribi vetuit testator? Moller. *d. C.* 39. *n.* 7. negativam quidem crebriorem, sed affirmativam opinionem sibi veriorem videri scribit, quia rationes reddi nequeant, sine inventario, earum capite ac fundamento. Verum cum eodem *C. n.* 10. tradat ipse Mollerius illa prohibitione solemnia remissa censeri, non vero ipsam descriptionem rerum privatim adhibitis amicis et cognatis, vid. *C. præc. N.* 1. inde liquet hoc fundamentum esse arenosum. De rationum redditione generatim, quæque in ea observanda vid. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 20. Menoch. *arb. Cas.* 209. Fr. Munnoz. de Escobar *de Ratiocin. administr.* ubi *C.* 3. et passim de ea, cui tutores obnoxii, de qua fuse I. Gutierez. *de Tutel. et cur. P.* 3. *C.* 3.

5) Obstat *L.* 4. *C. de reb. cred.* Resp. Sed ibi tutor anaphorico qui fuit, scilicet finita tutela in pupillari ætate vel adjecti temporis, conditionisve eventu, vel suspecti remotione. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 14. et Setser. *Lib.* 4. *de Juram. C.* 2. *n.* 27. Jure Saxonico singulis annis tutores rationes reddere coguntur. Moller. 1. *Semestr.* 39. *n.* 1. Heig. *d. Q.* 20. *n.* 42.

6) De ordinis beneficio quatenus eo uti possint tutores vid. Gutierez. *P.* 1. *de Tutel. C.* 15. *n.* 10. *et* 5. *seqq.* P. Greg. 13. *Synt.* 10. *n.* 12. fuse Hartm. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 6.

7) Vid. Gutierez. *d. C.* 15. *n.* 16. *et seqq.* P. Greg. *d. C.* 10. *n.* 13. Probandum autem opponenti hanc exceptionem reliquos esse solvendo H. Pist. *d. Q.* 6. *n.* 14.

8) Gutierez. *d. C.* 15. *n.* 28. *et seqq.* P. Greg. *d. C.* 10. *n.* 14. A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Pr.* 8. *Ill.* 18.

9) Nec ideo supervacuum remedium cedendarum actionum, quia excessione transfertur exercitium directarum actionum, Gutierez. *d. C.* 15. *n.* 30. *et seq.* Estque speciale in hoc casu favore pupilli. Nec in fidejussoribus, uno solvente, huic remedio locus *L.* 11. *C. de fidei.* ubi Don. *n.* 2.

CAP. XXI.

De contraria tutelæ actione.

Pupillus tutori obligatur de eo quod ipsi abest, aut obfuturum est tutelæ caussa; et quale utrumque. I.
Obligatio ista ex quasi contractu, et pupilli bono introducta. II.
Ex ea contraria tutelæ actio. Quid hæc contineat. III.
Munus tutelæ gratuitum. IV.

I. NUnc de obligatione pupillorum mutua, deque [1] contraria et utili tutelæ actione, quæ hinc nascitur, paucis transigam. De qua hæc juris summa est. Etiam pupillum cujus tutela gesta est, tutoribus suis vice mutua obligari. §. *tutores*, *Inst. de obl. quæ quas. ex contr.* *L.* 1. in pr. *D. de contr. et util. tut. act.* Obligari autem hoc nomine sive quid tutori eo nomine utiliter gestum abest, sive quid postea abfuturum est. Abest, ut si quid in rem pupilli impenderit, aut si rem suam pro pupillo obligarit. Abfuturum est, ut si pro pupillo fuerit obligatus. *d.* §. *tutores*, *Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* *L.* 3. §. 1. *D. de contr. act. tut.* Et sufficit in hac re tutori bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum [2] habuit, quod gestum est. *d. L.* 3. §. *sufficit.*

II. Obligationem, cum neque ex consensu sit, et procul absit a maleficio, aperte neque ex contractu esse, neque ex maleficio: ideo recte dici ex quasi contractu esse. *d.* §. *tutores.* Neque iniquum adversus pupillos non consentientes, sæpe etiam invitos constitui. Non enim obligationem in hac specie consensus facit, sed res ipsa, id est utilitas pupillorum interveniens, quæ et sine consensu eadem sit futura. *L. furiosus*, 46. *D. de contr. act. tut.* Ulpianus inducendæ hujus obligationis hanc rationem reddit, quod diceret ideo factum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. *L.* 1. in pr. *D. de contr. act. tut.* Hæc prima ratio fuit hujus inductionis, cui si quis objiciet iniquitatem propter dissensum, ratio prior hanc objectionem discutiet.

III. Hinc actionem constitutam tutelæ contrariam. Cujus eam vim esse apparet, ut non solum possit conventus tutor reputare vicissim, quod in rem pupilli impendit, sed etiam omissa compensatione ultro sumptus a se factos petere: dummodo prius compensatio non sit ab eo opposita in judicio tutelæ, et compensatio ejus repudiata. *L.* 1. §. *præterea*, *D. de contr. tut. act.* Sed actioni huic idem præstitutum tempus, quod directæ tutelæ actioni, ut ne hæc quidem tutori prius competat, quam finita tutela: quandiu autem hæc durat, non competat. *L.* 1. §. *finito*, *de contr. tut. act.*

IV. Illud diligenter tenendum, non latius patere obligationem, qua tenetur pupillus tutoribus, quam ut præstet, si quid illi in rem ejus impenderint. Itaque salarium ullum pro opera administrationis non petent, nec debetur, nisi sit ab eo, qui tutores dedit, [3] constitutum. *L. a tutoribus*, 33. §. *ultim. D. de administ. tutel.* Sic enim est tutela munus publicum, ut tutores in eo cum gratuitam, tum integram et abstinentem omni lucro præstare fidem debeant. *L. qui sine*, 38. vers. *sed istius*, *D. de negot. gest.* Qua ratione nec sumptum qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet. *d. L. a tutoribus*, 33. §. *ultim. de adminst. tutel* Sane si proponas propter administrationem rerum pupillarium coactum tutorem iter longius instituere, sumptus in id iter factos pupillo imputabit; apparet enim iter susceptum in rem pupilli: sed hactenus imputabit, ut semper deducantur ordinarii sumptus, quos tutor fecisset, si mansisset domi. Nam hi hactenus in ipsos tutores fiunt, non in tutelam. Quod genus jam ante diximus in restitutionem non venire. *d. L. a tutoribus*, 33. §. *ult.*

CAP.

1) De hac actione fusius A. Fab. 1: *Jurispr.* 12. *Pr.* 9. *Ill.* 19. et 10. *seqq.* P. Greg. 13. *Synt.* 11.

2) In quo differt a negotiorum gestorum actione contraria. Etsi enim in ea idem sit, si contra alium exerceatur, non tamen si contra pupillum; sed præcise requiritur ut sit locupletior, A. Fab. *d. Ill.* 49. vid. *supra* C. 16. *N.* 2. Ac si pro pupillo se obligavit, agit ut liberetur, *L. ult. de h. t.* de quo vid. Cujac. 26. *Obs.* 10. Ant. Fab. *d. Pr.* 8. *Ill.* 22.

3) Vid. Jo. Gutierez. *de Tutel.* *P.* 3. *C.* 2. Jure Hispanorum tutoribus pro adminitrationis onere decima pars fructuum cedit, de quo fusissime Gutierez. *P.* 3. tota. Iniquior quorundam Galliæ locorum consuetudo, qua omnes fructus nobilium pupillorum percipiunt.

CAP. XXII.

De curatorum officio in curæ administratione, atque hinc de periculo eorum, tum obligatione: deque contraria eorum actione adversus eos quorum curam gesserunt.

Omnia fere de tutoribus constituta ad curatores pertinere. I.
Ideoque unam utriusque gerendi necessitatem. II.
Unum, idemque officium, et ex eo periculum. III.
Unam eademque mutuam utrisque obligationem et præstationes incumbere. IV.
Differre curatores a tutoribus in actione et in tempore agendi, et quatenus in utroque. V.

I. Quæ tutorum et pupillorum mutuæ obligationes sunt in tutela, eadem sunt inter curatorem, et eos qui curæ ejus commissi sunt in curatione. Genere usque adeo simili, ut mutatis personis dici possit plane idem. Quod cum ita sit, non parvo labore percipiendi ea, quæ huc pertineant, defuncti sumus: cum uno verbo ita semel statui debeat, quæ de tutorum obligatione et eorum mutua actione diximus, eadem omnia et in persona curatorum vice mutua intelligi oportere. In quo tamen ne laboretur, paucis agam. Jam primum generalis hæc sententia apud omnes juris auctores constanter recepta est. Quæ de tutoribus aliquibus legibus constituta sunt, aut responsis prudentum comprehensa, ea omnia et conjunctim de curatoribus tanquam dicta et constituta accipi debere. *L. qui neque*, 8. §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt. L.* 4. §. *quæ in tutore, D. de dol. mal. exc.*

II. Sed res fiet certior, si partibus administrationis propositis, congruere singulas in eamdem istam sententiam reperietur. Quod et paucis demonstremus. Administrationis in tutela hæ partes sunt, quas exsecuti sumus, Necessitas rei gerendæ, Officium in ea administratione, Periculum et obligatio eo officio aut læso, aut neglecto. Necessitas administrationis quæritur? Hæc eadem in curatoribus, quæ in tutoribus. Nam et tutela et cura, utrumque pariter munus publicum est, quod sine justa excusatione detrectari non potest. *Inst. de excus. tut.* in pr. Itaque si plures curatores dati sint, una est et in his eademque gerendi necessitas; præterquam si inter eos divisa sit administratio. Dividendi ratio, et in divisionis potestate jus idem quod in tutoribus: ideo et conjunctim atque in commune hic de utroque constitutum. *L.* 2. *C. de divid. tut.* Versaturque hæc necessitas non tantum in ipsa rerum administratione, sed etiam in his, quæ antecedunt; qualis est inventarii confectio; hac una eademque constitutione communi pariter injungitur ut tutoribus ita et curatoribus. *L. tutores, C. de adm. tut.*

III. Officium quæritur in administratione? Quod tutorum est in tutela, idem est et curatorum in curatione. *L. pro officio, C. de adm. tut.* Hinc periculum idem curatoribus juxta atque tutoribus. De quo et præcipitur communi titulo *C. de pericu. tut.* et *curat.* Hinc quæ constitutiones certarum rerum alienationem injungunt tutoribus, aliarum inhibent, hæ ita scriptæ sunt, ut pariter et ad curatores pertineant. *L. lex quæ. L. ult.* §. *ultim. C. de administr. tut.*

IV. Quod reliquum est, ipsa obligatio una et eadem tutorum et curatorum, id continens, ut quidquid tutoris, curatorisve dolo vel culpa etiam levi factum sit, quo quid minores amitterent, aut cum possent, non acquirerent, id ambo minoribus pariter præstent: tantum ut diligentia in rebus gerendis non major ab his exigatur, quam quantam suis rebus solent adhibere. *L. quidquid, C. arbit. tutel. L. a tutoribus*, 33. in pr. *D. de administrat. tutel.* Etiam in contraria negotiorum gestorum actione, quæ curatoribus est adversus homines curæ suæ commissos, eadem isti patiuntur, quæ et pupilli a tutoribus. *L.* 2. *D. de neg. gest.*

V. Sed cum cætera sint curatoribus cum tutoribus consimilia, duo discrepant; actio ex quasi contractu, et agendi tempus. Ex tutelæ administratione est actio certa, et verbis juris prodita, quæ et dicitur tutelæ directæ, §. *tutores, Institut. de obl. quæ ex quas. contr. D. de tutel. et ration. distrah. action.* ali-

Ex curatione autem est adversus curatorem communis tantum [1] negotiorum gestorum, sed utilis, *d. L. quidquid, C. arb. tut. L. curatoris, C. de neg. gest.* Sed hæc differentia in verbo est: ipsa actionis vis et potestas est eadem. *L. act.* 47. *D. de neg. gest.* Tempus agendi ita distat. Nam tutelæ nomine et directa et contraria actione nisi finita tutela agi non potest: sive totius tutelæ ratio reposcatur, sive de una tantum specie damni dati agatur. *L.* 4. *D. de tutel. et rat. distrah. action.* Cum curatore autem pupilli sive adolescentis agi potest, etsi usque adhuc cura perseveret. *L. si cum adhuc*, §. 1. *D. eod. L. cum curatore*, 26. *D. de admin. tut.* Quid caussæ esse putemus, nisi quod tutor personæ addicitur, [2] curator rebus? §. *certæ, Inst. qui test. tut. dat. pos.* §. *item inviti, Inst. de curat.* Sic enim fit, ut tutor suscepta pupilli persona, nec pati ab eo actionem, nec ei inferre possit nisi deposita hac ipsa persona; contra ubi res certa modum administrationi facit, ut in curatoribus accidit, ibi necesse est evenire, ut prout quæque res finita fuerit, eatenus etiam ejus administratio finiatur. Quod tamen dicimus etiam perseverante cura cum curatore agi posse, sic accipiendum est, si de specie una aliqua jam transacta et finita agatur. Diversum est, si totius curæ ratio [3] reposcatur, priusquam finita sit tota. *L.* 2. *L. ratione*, 14. *C. de adm. tut.*

CAP.

1) Quod forte admittendum ubi unius gestionis specialis, non certe ubi totius curæ ratio reposcitur. Tametsi Cujac. 17. *Obs.* 7. velit et tum dari generalem negotiorum gestorum actionem. Et hoc ipso hæc judicia distare, quod tutelæ semper generale; negotiorum gestorum etiam speciale et de uno negocio curationis esse possit. Wes. *in Par. de tut. et rat. distr.* actionem tutelæ utilem dari vult contra curatorem, cum qua concurrat actio negotiorum gestorum, et actionem utilem ad exemplum tutelæ competere P. Greg. 13. *Synt.* 10. *n.* 4. Mihi vero videtur contra curatorem, quoties universali judicio de totius curæ gestione convenitur, esse actionem curatelæ directam, eandemque contrariam curatori contra minorem. Nec cum utraque vel alterutra concurrere actionem negotiorum gestorum quæ judicium speciale et particolare. Quo moveor (1) regula generali *d. L.* 8. §. 1. *et simil.* Quare directa actio curatelæ curatori et in eum datur, non utilis, quia et directa est, quæ ex sententia legis *L.* 6. §. 1. *de V. S.* (2) per *L.* 1. §. 2, *de contr. tut. act.* ubi curatori datur contraria tutelæ actio, eademque directa non utilis, cum non alia sit quam quæ tutori (3) per *L.* 3. *C. arb. tut.* ubi contra curatorem judicium tutelæ, utique directum, quia nec vox *utilis* adjecta nec similia verba, *et exemplum*, *exemplo ejus actionis ad instar. etc.* quibus utilis actio donatori solet. Vocatur autem *tutelæ* quia ut leges tutoris appellatione sæpe comprehendunt curatorem, ita et tutelæ curam. (4) Actio Protutelæ quæ a negotiorum gestorum actione distincta *L.* 1. §. 6. *de eo qui pro tut.* datur etiam procuratori, et contra eum, *Rub. d. tit.* Quod si in eo ordinaria ac directa actio, quanto magis in vero curatore, ne plus tribuatur fictitio curatori. Plus enim est aliquanto habere actionem directam, quæ ordinaria *L.* 12. *de Relig.* quam utilem. (5) Major cognatio est curæ cum tutela, quam cum neg. gest. voluntaria. (6) Facit *L.* 12. *C. de her. tut.* ubi datur contra heredes curatoris ob administrationem omissam et non gestum utile judicium. Ergo xe gesto directum, per *L.* 4. §. 3. *Rem. pup. sal. fore.* (7) Actionem negotiorum gestorum voluntariæ administrationis propriam esse vult ipse Don. *ut supra C.* 15. *N.* 7. 8. In quibusdam discrepat negotiorum gestorum actio ab actione tutelæ in effectu. Ut quod contra pupillum non datur nisi is locupletior, quod in eam venit etiam levissima culpa. Quid igitur si curator pupillo, casibus certis datus utiliter gesserit, sed gestum successu caruerit, etc. Non obstat *d. L.* 17. *C. de neg. gest.* Nam ibi heredes conveniuntur ex propria gestione post finitam curam. Putarunt enim officium administrationis adhuc durare et ad se spectare, ut verba ipsa arguunt. Junge *L.* 6. *C. d. t.* Sic *d. L.* 7. *C. arb. tut.* ita exponenda in *negotiorum gestorum Judicium* quando scilicet de unius negocii damno agitur, ubi judicio tutelæ generali seu universali, per illius naturam, locus esse nequit, etc.

2) Cujac. 17. *Obs.* 7. Ratio potestatis, ait hanc differentiam facit, quam tutor in pupilli caput habet, non curator. Quia nec ulla alia actio est pupillo in tutorem, ex caussa quæ cœpit tutelæ tempore *L.* 10. *de tut. et rat. distr.*

3) Quia et hic rationi quæ in *L.* 9. §. 4. *de tut. et rat. distr.* locus. Quin nec si ultro rationes antea reddat, curationis oneribus ac periculis defungitur, Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 12. *n.* 4.

CAP. XXIII.

De mista rerum alienarum tractatione, et obligatione inde nata.

Mista rerum alienarum tractatio quæ: et inter quos locum habeat. I.
Communio rerum, ejusque obligatio duo continet; et quæ. II.
Obligatio hæc ex quasi contractu, eadem voluntaria partim, partim necessaria. III.
Divisio rerum quo judicio inter coheredes, et quatenus, instituenda; et an plurium hereditatum possit unicum sumi judicium. IV.
Præstationes ad commoda communicanda, vel etiam incommoda pertinent. V.
Quæ id genus commoda, et quæ secus. Utraque quo judicio, petantur. VI.
Item incommoda quæ, et quatenus in communionem veniant, aut secus. VII.

I. SUnt igitur rerum alienarum tractationis hæc genera prima duo, de quibus diximus, voluntaria et necessaria. Est et tertium genus quod proposuimus tractationis ejus, quam mistam appellamus: Cui locus est inter eos, inter quos alicujus rei communio constituta est, vel hereditatis inter heredes, vel rerum singularum inter socios, et eos qui confines agros habent.

II. Hæc communio duarum rerum obligationem parit: nam et socium ad suscipiendum rei communis divisionem obligat, et in communione manentem quibusdam præstationibus ad eam communionem pertinentibus implicat. Ita omnis hæc obligatio duas partes habet: quarum una pertinet ad divisionem corporum; altera ad superiorum præstationum communicationem inter socios. Idque est quod dicitur in *L. item Labeo*, §. *familiæ*, *D. fam. erc.* familiæ ercirscundæ judicium duas caussas continere: rerum divisionem, et præstationes quasdam personales.

III. Harum partium obligationis caussa quæritur. Et suscipiendæ divisionis necessariæ causa una est rei communio. Ne quis enim hic putet actionem in rem esse, qua de divisione rei experiamus, tanquam rem nostram petituri: non enim hic petimus tantum eam partem quæ nostra fuit, sed etiam quæ aliena: sæpe etiam consequimur, ut res totæ nobis adjudicentur, quæ prius in solidum nostræ non fuerunt. Est igitur sine dubio hæc actio in personam, cum alioqui genera non sint plura, quam hæc duo, in rem, et in personam. Quod si in personam est, utique est ex obligatione, qua socius cum quo agitur, nobis obligatur. *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Unde ergo, inquam, hæc obligatio? et cum non sit ex contractu, multo minus ex maleficio, aut quasi maleficio, restat ut ex quasi contractu esse intelligatur. Et est omnino. Hic quasi contractus est factum socii, communionem susceptam retinentis. Huic communi jure publico hoc onus imponitur, ut cogatur is, cum quo rem communem habemus, nobis postulantibus discedere a communione. Id quod docet recepta sententia apud veteres, qua traditur, neminem compelli ad communionem vel suscipiendam, vel susceptam retinendam. *L. si non sortem*, §. *si centum*, *D. de cond. ind.* Itaque si quis ad hanc divisionem compelli non vult, necesse est ad eam vitandam, aut communionem omittat, aut divisionem judicis provocatus suscipiat. Atque hinc apparet hac parte obligationem esse partim voluntariam, partim necessariam. Voluntaria est, si quis rei communis partem alienet; sic enim alienando facit, ut non sit illi amplius res communis. Judiciis divisoriis locus non est cum iis, qui suas partes communes habere desierunt. *L. familiæ*, *C. fam. erc.* Rursum hæc obligatio necessaria est, si quis manet in communione. Nec aliam caussam præstationis habent præstationes illæ personales, de quibus diximus, quam hanc ipsam communionem; quam dum socii retinere volunt, necesse habent multa facere et pati ad eam communionem necessaria, quæ tunc deponunt cum a communione discessum fuerit. Quod melius ex iis quæ de iis præstationibus dicentur, intelligetur postea.

IV. Sed quæ pars ad divisionem rerum communium spectat non iisdem legibus continetur, quibus personales præstationes. Licet ad divisionem rerum communium provocare, sed iis conditionibus, dum agatur inter eas personas, inter quas ea communio est; dum a-

ga-

gatur de iis rebus dividendis quas dividi oportet, et postuletur ea divisio quam jus præscribit, de quibus potissimum in judicio in hereditate communi laboratur, id est in judicio familiæ erciscundæ, de quibus paucis dicere incipiam. Principio solus judicio familiæ erciscundæ recte agit heres cum heredibus; nec refert possideat heres hereditatem, an non possideat, sive is qui agit, sive is cum quo agitur. *L.* 1. *L. heredes*, §. *quantum*, *D. fam. erc.* Quid si is qui agit negetur esse heres? Exstat hac de re Caji distinctio in *L.* 1. *D. fam. erc.* quam hic servari oportebit. Quid si qui egit heres non sit? finge post judicium acceptum id ei objici et constare. Id juris futurum est, quod de eo cum quo agitur mox dicturi sumus. Ergo ut heredi hoc judicium competit; ita et competit in coheredes. *L.* 3. *C. fam. erc.* Finge quod modo quærebamus cum eo actum esse qui heres existimabatur, re non erat, relinquitur ut quisquis heres non sit, cum quo judicium hoc acceptum est, nec judicium fuisse intelligatur *L. cum putarem*, 36. *D. fam. erc.* Itaque nec re integra adjudicari ei quidquam oportet, aut adversarius ei condemnandus est. *L.* 1. in fin. *D. eod.* Nec si sententia condemnationes aut adjudicationes in personam ejus factæ sint, nulla sit eo nomine judicati actio. Plane si is qui condemnatus erat, aut rem tradiderit, aut ei solverit, non repetet, ut Paulus probat in *d. L. cum putarem*, *D. eod.* quod dicat etsi non sit judicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficere quod is se putat condemnatum. Dum de hereditate communi inter coheredes agatur, ad judicium familiæ erciscundæ suscipiendum abunde satis est, sive de una tantum dividenda hereditate agatur, sive de pluribus inter ipsos communibus, denique si plures sint hereditates inter eosdem ex diversis caussis communes potest nihilominus de omnibus unum judicium familiæ erciscundæ sumi; neque necesse est de unaquaque hereditate separatim agi, quotcumque enim sunt hereditates perinde habentur, ac si una esset hereditas, quæ totidem ex rebus constaret, et heredes ex omnium divisione tantumdem consequantur, quantum si separatim divisi essent. *L. heredes*, 25. §. *de pluribus*, *D. fam. erc.* Quæ res facit, ut neque pluribus interpellationibus opus sit, sed una, *argum. L. non potest*, *D. de jud.* neque judices adire necesse sit: et si forte res uni ex hereditate adjudicatæ sint, liceat alii coheredi vice mutua quæ tantundem valeant ex alia hereditate adjudicare quasi de una hereditate judicium esset. Neque hoc injuriosum videatur non tantum ex unaquaque hereditate unum ferre, quantum alter, cum sint jure et caussis separatæ. Esset injuriosum, si in hereditate dividenda species rerum et corpora spectaremus, non æstimationem: æstimationem vero et quantitatem spectamus. Ut si rebus æstimatis ad eandem quantitatem omnes ferant, officio judicis sit satisfactum. Hoc posito, eveniet, quod prima fronte mirum videatur, ut cum aliquo familiæ erciscundæ judicium interdum instituatur, de ea hereditate quæ non sit cum illo communis: quod ita fiet, si mihi cum Primo duæ hereditates sint communes Titiana et Sejana, ex quibus una, puta Sejana mihi cum eodem Primo et Secundo sit communis; poterit enim de utraque unum judicium inter nos tres accipi, ut Paulus tradit in *L. heredes*, 25. §. *si inter*, *D. eod.* quanvis verum sit Titianam hereditatem ad Secundum nihil pertinere. Sed hoc priore illo admisso consequens est. Nemo enim negaverit inter me et Primum de Titiana et Sejana recte agi, nemo recte agi de Sejana inter me et Primum et Secundum, quando hæc inter nos tres communis est. Quo fit, ut de utraque inter nos recte agatur. Itaque si fingas nos omnes ex æquis partibus heredes factos esse, quoniam separatim Titiana inter me et Primum in duas partes divideretur, Sejana inter me, Primum et Secundum in tres, nunc uno judicio de utraque suscepto quinque partes fient, ex quibus unam Secundus, ego, et Primus singuli duas auferemus. Sed ita de pluribus hereditatibus unum judicium sumi potest, ut liceat et de una dumtaxat judicio experiri. *d. L. heredes*, 25. §. *item si plures*, *D. eod.* Sciendum judicio familiæ erciscundæ tandiu agi posse, quandiu vel tantillum ex hereditate commune erit, sed cum hac exceptione, dum prius eodem judicio actum non fuerit. *L.* 1. *C. eod.* Quod si jam ante actum sit, utemur Ulpiani regula, familiæ erciscundæ judicio amplius quam semel agi non posse, nisi caussa cognita, si quædam res indivisæ relictæ sint communi dividundo de iis agi posse. *L. si filiæ*, 20. §. *familiæ*, *D. eod.*

V. Altera pars obligationis horum judiciorum propriæ pertinet, ut diximus, ad personales quasdam præstationes, quæ ex communione nascuntur: hæ præstationes versantur in commodis et incommodis ad communionem pertinentibus.

VI. De commodis agitur cum eo ex sociis ad quem ex iis commodis aliqua pervenerunt, ut quæsita cum cæteris sociis communicet pro com-

competente parte. Commoda hæc sunt res communes, quæ ad unum aliquem ex sociis pervenerunt, et fructus ex rebus communibus ab uno percepti. Hæc sic ad communionem pertinent, ut non possit quis partem rei suæ obtinere, quin obtineat et partem sociorum. Nec possit ex re communi fructus percipere, quin ex sua parte percipiendo, simul percipiat ex reliquis partibus, propter istarum partis indivisam communionem; quam ob caussam et de iis communicandis hæc judicia sunt, familiæ erciscundæ, et communi dividundo. §. *item si inter*, *Inst, de obl. quæ ex quas. contr.* §. *si familiæ*, *Inst. de off. jud. L.* 3. *C, fam. erc.* Non sunt in eadem caussa eæ partes; quæ divisæ ad socios pertinuerunt, quas unus ad se transtulit. Ut si unus ex duobus heredibus pecuniam defuncto debitam exegerit: tenetur hic quidem ut restituat exactam pro portione coheredis, sed tenetur non familiæ erciscundæ judicio, verum actione negotiorum gestorum, quia pars socii divisa fuit. Neque exacta est propter communionem, quæ nulla est inter coheredes, sed quia heredi visum est etiam coheredis negotium gerere. Et generaliter definitur, quidquid unus ex sociis gessit sociorum nomine, non aliter ad judicium familiæ erciscundæ aut communi dividundo pertinere, quam si is qui gessit propter communionem gerere necesse habuit. *L. heredes*, 25. §. *si unus*, et §. *non solum*, seq. *D. fam. erc.* In eadem caussa est pretium rei communis ab uno ex sociis venditæ. De parte hujus pretii restituenda etiam tenetur qui vendidit, sed tenetur negotiorum gestorum actione, non familiæ erciscundæ, aut communi dividundo, quia potuit suam partem vendere, ut alienam non attingeret. Unde intelligitur eum percepisse hoc pretium non propter communionem, sed propter liberam susceptam administrationem. *L. in familiæ*, *C. fam. erc.*

VII. Incommoda in communionem incidentia sunt sumptus ab uno ex sociis in rem communem facti, et damna ab uno ex sociis in communionem illata. De sumptibus recte agit cum sociis is, qui in rem communem sumptus fecit. *L. his consequenter*, 18. §. *sumptuum*, *D. fam. erc.* Sed sumptus bona fide in rem communem factos esse oportet, ut ii sumptus in hæc judicia veniant. Primum volumus in rem et utilitatem sociorum factos esse. Nam si unus quid præstiterit ex delicto suo, quia forte adversus stipulationem hereditariam fecerit, ipse solus peccatum luet; neque hos sumptus sociis imputabit. Traditum addito idoneo exemplo in *L. inter*, 44. §. *quod ex facto*, *D fam. ercisc.* Neque satis est hos sumptus in rem sociorum factos esse, ut sit his judiciis locus, sed factos esse oportet in rem communem non divisam, id est in eam rem, cujus partem gerere non potuit socius, nisi etiam sociorum partes attingeret. Veluti si agros coluerit, si jumenta pavit, si familiam hereditariam aluit, si fructus suis sumptibus percepit. Idem est, si pecuniam a defuncto debitam solus solverit, dum ea deberetur sub pœna aut sub pignoribus. Nam qui solvit partem pœnæ, evitare non potuit, nisi totum solvendo quod sub pœna debebatur. Nec socius pignus liberare potuit etiam pro minima parte sua, quin totam pecuniam debitam solveret. Quæ exempla sunt *d. L. heredes*, 25. §. *si unus* et §. seq. *D. fam. erc.* Quod si pecunia sine pœna aut sine pignoribus a defuncto debita fuit, et unus totam solvat, atque ita coheredes et socios liberet, non repetet hanc pecuniam nisi negotiorum gestorum actione. *d. L. heredes*, §. *non solum.* Damna ab uno ex sociis in communionem illata, etiam ad has præstationes pertinent, sive unus damnum intulerit recta, sive damni caussam præstiterit: et in damno illato nihil interest utrum facto suo intulerit, an negligentia. Facto suo damnum infert: veluti si chirographa hereditaria deleverit; si quid ex rebus hereditariis corruperit, consumpserit. *L. et puto*, 16. §. *denique, D. fam. ercisc.* §. *item si inter*, *Inst. de obl. quæ ex quas. cont.* Infert negligentia sua; veluti si ex pluribus heredibus unus ante alios hereditatem adiverit, et non utendo passus sit servitutes perire. *L. heredes*, 25. §. *item culpæ*, *D. fam. ercisc.* Sed notemus hoc dictum esse in iis heredibus, quorum unus actionem aliorum antevertit: nam si omnes adiverunt, aut si jam res omnium communis facta fuit, quisquis servitute usus non sit, is sociis eo nomine non tenebitur, quia potuerunt reliqui æque servitute uti, et utendo sibi servare. Quod si non fecerunt, non de sociis, sed de se queri debent. Damni caussam præbet unus ex sociis: veluti, si defunctus promiserit neque per se neque per heredem suum futurum, quominus Titio ire agere liceret, et unus prohibuerit, fit, ut in solidum pœna committatur adversus cæteros; ipse hoc damnum cæteris præstabit, cujus damni caussam dedit. *d. L. inter*, 44. §. *quod ex facto*, *D. fam. ercisc.* Simile est si defunctus viam stipulanti promisit, et per unum ex heredibus stet quominus cæteri viam imponant, quæ pro parte imponi non potest. Et in hac specie hic exitus est, ut commit-

tatur stipulatio in solidum adversus omnes, sed quod cæteri præstiterint ex hac caussa a coherede repetent judicio familiæ erciscundæ. *L.* 2. §. 1. et §. *ex his*, *D. de verb. obl.*

Cætera ad hæc judicia pertinentia sumi possunt ex §. *quædam*, *Instit. de act.* in quem locum scripsimus.

C A P. XXIV.

Quæ delicta nos privatis obligent; et de obligationibus quæ ex maleficio nascuntur.

Transitio ad obligationes ex maleficio. I.
Quid maleficium, quid crimen, quid delictum. Ab utroque quid differat maleficium. II.
Obligationem ex delicto quam vocant, oriri ex maleficio strictim accepto. III.
Ad illud tamen non referri delicta, quæ ut sint adversus alios, non-nisi in negligendo consistunt, et quæ ejusmodi. IV.
Conatum nocendi non parere obligationem ex delicto. V.
Exceptio duplex, et quæ. VI.
Partitio maleficii, atque aditus ad seqq. capita. VII.

I. Tertium [1] genus earum caussarum, ex quibus omnis obligatio nascitur, fuit in divisione summa maleficium. §. *ult. Inst. de obl.* Quo genere quid deliquerunt inviti et nihil tale cogitantes obligantur. Genus proinde longe dissitum et a contractu, et a quasi contractu.

II. Maleficium est delictum, et peccatum.

1) Et quidem verum. Num proprie quoque creditur, cui ex delicti caussa debetur, ut recte contra Alc. Gœd. ad *L.* 12. *pr. de V. S. n.* 8. Nam in *d. L.* 12. *pr.* verba *mihi videtur* modestiæ sunt, non dubitantis, nec improprietatem notantis. Ac licet nulla hic fidei habendæ subsit caussa, facto tamen in creditum itur. Neque hæc mere civilis obligatio ut quidem volunt, relati a Pinello *in Auth. nisi C. de bon. mat. n.* 32. et Gœd. *ad L.* 6. *pr. de V. S. n.* 7. et Vasquio 2. *Ill. Contr.* 55. *n.* 1. ob defectum ajunt, consensus. Sed imo et naturalis ex delictis obligatio nascitur. Gœd. *d. loc. n.* 8. *et seqq.* Vasq. *d. C.* 55. *n.* 2. *et* 3. P. Gilken. *de Præscript. P.* 1. *C.* 5. Eademque non tantum ex naturali æquitate, quæ committi delicta prohibet, *L.* 1. §. *ult. de furt.* commissa puniri suadet, ut Gilken. *d. lo. n.* 8. et *seqq.* Verum et ex consensu, seu ipsius delinquentis voluntate, Vasq. *d. lo. et Lib.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *n.* 665. Nam reos ipsos se pœnæ subdere *L.* 34. *de I. fisci* suaque mente puniri *L. ult. C. ad L. Jul. majest.* legimus. Et vocamus amatores periculi *Nov.* 7. *C.* 5. *in pr.* Et quia leges ex consensu obligant, ac quisque se legibus subjicit voluntate sua, dum se civem gerit. Unde qui vult antecedens, delinquere, necesse est velit eidem consequens, puniri. Hinc D. Paulus ad *Tit. C.* 3. v. 11. hæreticum a seipso damnatum dicit, quod Tertul. *Lib. de Præscript. adv. hæreticos refer.* Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 21. exponit, quia in quo damnaretur, sibi elegit. Nemo nocens vel suo ipsius judicio absolvitur, et nemo ita est ab humanitate alienus, qui si modo peccare se intelligat, sibi ipsi non displiceat, et idem nullo impellente sua ipse delicta detestetur. Camp. *Lib.* 1. *de Ingratitud.* citante Herm. Esai. Rosac. *Pract. Forens. C.* 43. *n.* 83. Qui mavult vere vult. *L.* 22. *de rit. nupt.* At delinquens mavult severitate coerceri etc. *L. ult. Cod. de Coll. fund. patrim.* Verus igitur hic, licet tacitus; non fictus, ut vult Gilk. *d. lo. n.* 15. consensus. Tametsi enim verbi gratia, homicida gladio se feriri simpliciter non velit, cum nemo sibi ipsi male velle, adeoque ut Apostolus inquit *Ephes.* 5. v. 29. carnem suam odisse possit, tamen quia scit eam pœnam homicidis statutam, nec ab illicito facto sibi temperat, vindictæ cupiditate et affectibus victus, sua sponte ruit in exitium, dum non vult quidem simpliciter se supplicio affici, ast mavult quam ut injuriam ei, a quo se læsum putat, remittat, vel exitialem iram odiumque internecione civium deleat. Voluntas in bonum semper fertur, aut revera tale aut quod existimatur 1. *Eth. Nicom.* 1. Boni rationem habet levius malum, quod eligitur fugiendo majore. Cic. ad *Octav.* Et multa quæ per se nolumus, propter aliud. Hæc autem ad judicia nostra referuntur magis quam ad veritatem rerum. Jo. Lodov. Vives *de Consult. p. m.* 360. Corrupto itaque intellectu et pravis effectibus subjugato eligitur, quod falso licet, perverso tamen mentis errore, videtur minus malum, delictum illique consequens pœnæ obligatio, ut majus quod falso videtur, videlicet coercitio affectuum, et intermissio delicti evitetur. Ubi ad scientiam accedit factum, non facile abest voluntas. Qui scit actum aliquem quid operari, si eum perficit, utique eo facto velle intelligitur, quod operatur. Sic et in aliis caussis obligationum accidit, ut qui in caussam consentit, is etiam in effectum ac ipsam obligationem. Nec regerat quis spe impunitatis ductum videri delinquentem, et putasse delictum occultum futurum; abstenturum utique, si pœnas sibi dandas certo sciret. Nam utut ita sæpius sit: idem tamen vel simile in contractibus evenire solet. Sæpe enim verbi gratia mutuum quis accipit, non animo reddendi: sed firmo proposito eludendi et suo fraudandi creditorem. Quis ideo dicet obligationem tunc mutuo consensu defici, nec voluisse ad restitutionem obligari debitorem. Et sejugenda quoque obligatio ab effectu et exsecutione obligationis. Obligatio ipsa, uti cohæritur contractui, ita et delicto, nec absque ea vel contractus vel delictum momento consistit. Quare sicuti ex. gr. creditum accipiens, frustrandi fraudandique creditoris spe, ut sæpe fit; consentit tamen in id ut obligetur, cum sciat non posse esse quin ea ratione fiat debitor. Ita et delinquens cum sciat esse non posse, quin fiat reus pœnæ illi delicto præstitutæ, in id consentit. Quare bellissime dici potest uti omnis pure contrahentis, et cujusvis ex proeresi et voluntario delinquentis consensum in ipsam obligationem semper esse purum et absolutum, licet quandoque tam illius quam hujus consensus in exsecutionem obligationis possit esse conditionalis, spe videlicet implendi contractus necessitatem effugiendi vel impunitatem sceleris consequendi proposita. Nec ideo minus hoc quoque casu verus consensus. Sicuti enim qui sub conditione promisit, forte si navis ex Asia redierit, et si cogitavit navem nunquam redituram, non tamen, ea adventante, potest negare se ex consensu obligatum fuisse; et sicuti qui se periculo obstringit in deposito, omnem casum fortuitum recipiens etsi speraverit nunquam eum casum eventurum, tamen evenientem ex voluntate sua præstat; ita et hic spe elusa etc. Exemplo res apertius patefiet. Sumamus delictum, cui levior pœna, verbi gratia, furtum cui jure veteri pœna dupli vel quadrupli. Nam quia in hoc delictorum par conditio, idem in alio esse apparebit, siquidem hæc non nisi majoris minorisque ratione distincta. Furatus igitur, (juxta jus vetus) simpliciter quidem vult se furem et furti obligatum esse: ast non simpliciter vult domino cui subripit duplum restituere. Lucrandi enim habet animum, non sua perdendi aut rem majorem minori commutandi. Sed quia sperat se impunem abiturum, idcirco futurorum securus quidem, non tamen certus furatur. Semper autem scit posse contingere ut vel ἐπ' αὐτοφόρῳ deprehendatur vel postea furtum detegatur. In eum igitur eventum se vult teneri ad duplum vel quadruplum. Seu mavult, se, si aliquando manifestetur maleficium, dupli pœnam dependere, quam præsens et certum, quod præ manu habet, lucrum omittere. Neque mirum. Nam et alias, extra caussam delictorum, homines leviores modicum præsens præferunt futuro majori, etiam certo. Quæ caussa est transactionis alimentorum inhibendæ *L.* 8. *pr. D. transact.* Nec alia ratio delictorum graviorum vel quibus pœna gravior. Sic furtum committens hoc tempore, non vult simpliciter suspendium sibi dici et gulam laqueo frangi: mavult tamen in eventum dulcedine lucelli presentis allectus. Sic qui malignis artibus dediti, abjurato sacri lavacri fœdere fideique et religionis professione abnegata, dæmonis se servitio mancipant, ejusque nefandis sacris initiantur, itaque se æter-

Quæ [2] appellationes hoc differunt a crimine, quod species a genere. Delictum enim et peccatum genus turpe admissum omne, quo alteri male fit: unde maleficii nomen. Idque ita est, etsi delictum in speciem criminis cadat. Nam et crimina publicorum judiciorum delicta et maleficia appellamus. *L. 1. E. quædam, D. de pœn. L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Crimen autem est delictum, quod accusationem ad vindictam delicti jure pubblico paratam habet. Unde criminari pro accusare usitatum: ut sit crimen id, de quo criminatio et accusatio ad pœnam delicti non pecuniariam institui potest. Quinimmo ipsum etiam verbum criminis sæpe pro accusatione et criminatione ipsa ponitur. Ut, cum dicimus defuncto reo crimen exstingui. *L. defuncto, D. de pub. jud.* Quod valet, defuncto reo accusationem perimi, quibus verbis Ulpianus hoc idem exprimit in *L.* 3. *D. eod.* Neque enim ipsum maleficium exstingui potest, ut dici possit factum non esse, quod factum est. Cic. *pro* Rosc. Ameri. *Tres sunt res, quantum existimare possum, quæ obstent hoc tempore Sex. Roscio, crimen adversariorum, et audacia, et potentia.* Ubi aperte crimen pro criminatione et accusatione posuit. Itaque maleficia, cum de his pecuniariter agitur, maleficia et delicta vocamus: cum criminaliter et extra ordinem, crimina nominamus. Hinc illi tituli separati in Pandectis. *De privatis delictis, et de extraordinariis criminibus*: quarum tamen appellationum ad utrumque furtum pertinet, sed diversis judiciis. Nunc de maleficio sic agimus, quatenus ex eo nascitur obligatio, atque hinc etiam civiliter et pecuniariter agitur. Ergo, ut illuc redeam, maleficium est delictum omne et peccatum. Unde qui ex maleficio obligantur, iidem dicuntur obligari ex delicto. Ex quo illa inscripto in Institutionibus *de obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, ubi de obligationibus quæ ex maleficio nascuntur agi constat, proponiturque id statim ejus tituli initio. Iidem ex peccato in *L. obligamur, D. de obl. et act.* Sed non omne delictum et peccatum est maleficium. Inter hæc tantum interest, quantum inter genus et speciem. Delictum genus est: quo verbo significatur factum id omne aut omissum, quod est contra legem Dei eamdemque legem naturæ mentibus nostris inscriptam. Verbum inde ductum, quod delinquere est perperam quid linquere, seu linquere quod sequi debeas. Id autem debemus, quod lex illa æterna præcipit. Hinc delictum, quidquid fit, quo ad eo præcepto deflectimus. Idemque valet peccandi verbum. Itaque delictum et peccatum est, non tantum si quid peccatur adversus alios, sed etiam et quidem maxime si quid adversus Deum, si quid etiam adversus nos ipsos, ut si quid imprudenter, si quid timide et ignave, si quid intemperanter admittimus; ubi dignitatem a Deo naturæ nostræ inditam violamus. At maleficium est ea species delicti, qua peccatur adversus alios: neque id quovis modo; sed qua fit aliis male, ut compositio et origo verbi satis indicat, id est qua nocemus et detrahimus alteri.

III. Id de verbo delicti et maleficii statim intelligi, non ad significationem tantum verborum, sed ad rem ipsam de qua agitur, omnino pertinet. Obligationem privatam ex delicto quærimus. Res sic habet, ut quemadmodum non omne delictum est maleficium: ita non ex quovis delicto nascatur obligatio, sed solum ex maleficio; id est ex eo genere delicti, quod specialiter maleficium appellatur: ut aptissime verbum maleficii in divisione caussarum obligationis electum sit, quo caussa obligationis ex delicto propria significaretur. Id ita esse statuemus, si delictorum generibus aliis remotis, in hoc solo quod maleficium dicimus obligationem hanc consistere animadverterimus. Si quid ergo peccatur adversus Deum, seu adversus eam partem legis quæ cultum et amorem erga Deum exigit; si quid in nobis ipsis imprudenter, si quid per ignaviam, aut intemperantiam admittamus: hæc aut non coercentur legibus, aut non ita, ut cuiquam nos privato obligent. Sola nos delicta privatis obligant, quæ adversus privatos admittuntur, quæ et dicuntur specialiter maleficia.

IV.

no exitio addicunt, non simpliciter volunt horrendas æterni suplicii pœnas: malunt tamen miserrimi hominum, quam ut levissimum temporarium commodum omittant. Sane si tempus præsens, quo pœna de reis exigitur, intueamur, eo nec volunt, nec malunt, sed maxime nolunt. At initium et origo, æque ac in contractibus *L. 8. pr. Mand.* inspicienda. Nam uti contractus ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis dicuntur ex *L. 5. C. de O. et A.* Et uti actiones ex obligationibus voluntariis profectæ in invitos exercentur *L. 83. de V. O.* atque ita ad præstandum compellitur qui non vult solvere, quia antea voluit, dum conventionem libere iniret. Ita et delicta ab initio sunt voluntatis, ut male faciendo delinquens se ipsum sciens adeoque et sponte, nec invitus, pœnæ faciat obnoxium, proinde et sciens in pœnam consentiat, licet tum forte cum de eo sumitur, illam maxime refugiat. Unde confessi sua sententia damnari dicuntur *L. 1. de confess.* Quod et scite a contrario, innuit Laco ille, quisquis fuit, qui reo dicendi. *Nolens deliqui*: *Nolens* itaque reposuit, *pœnam luito*, Plut. *in Lacon. Aphor.* Objicitur, obligationes, ex maleficio re tantum consistunt *L. 4. de O. et A.* Resp. Etiam contractus reales re consistunt et societas re dicitur quandoque contrahi etc. Nec urget vocula *tantum*, et verba sequentia. Nam hic sensus Caji. Non uti contractus alii reales, alii verbales, alii solo consensu contenti, ita et delicta quædam solo consensu consistunt: sed omnia præter consensum habent rem id est factum ac ipsum maleficium.

2) De acceptionibus delicti, criminis, maleficii, sceleris, flagitii, facinoris et similium vid. Tiber. Decian. *Tr. Criminal. Lib.* 1.

IV. Sed ne hic quidem delictum omne, quod admissum sit adversus privatos, vindicatur legibus; quia non omne est maleficium. Delictorum, quibus peccatur adversus alios, duo sunt genera. Quædam sunt in faciendo, quædam in negligendo. In faciendo, si quis alteri infert injuriam. In non faciendo; si quis cum alii infertur injuria, non propulsat, si potest; si quis cum alienas res tueri potest, ne pereant, negligit; et perire patitur. Si quis alteri infert injuriam, quin id delictum sit, non dubitatur. Sed ne dubitemus eum quoque neglectum in delicto esse habendum tanquam repugnantem legi Dei et naturæ, ubi non propulses cum alteri infertur, si possis, injuriam. Id intellexit Cicero, qui *Lib.* 1. *Offic.* duo genera injustitiæ posuit, ut diceret unum esse eorum, qui inferunt; alterum eorum, qui ab iis quibus infertur, non propulsant, si possint, injuriam. Et eum qui non defendit, nec obsistit, si potest injuriæ, tam esse in vitio, quam si parentes aut amicos, aut patriam desereret. Recte Cicero, et æternæ legi Dei convenienter inscriptæ omnium hominum mentibus. Non enim tantum ex hac lege est illud etiam Ethnicis decantatum, *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris:* sed etiam illud Christi in alteram partem, *Quæcumque vultis ut faciant vobis homines, eadem et facite illis, et sic adimplebitis legem Dei.* Qui secus facit, incidit in illud genus injustitiæ, quod Cicero alterum supra posuit. Sed hoc posterius etsi delictum est, quia contra legem Dei, et delictum adversus proximum: sciendum tamen nullum ejusmodi neglectum vindicari legibus, nec ullam actionem constitutam neglecto adversus eum, qui in hanc partem peccavit. Argumento certo erit damnum datum. Id vindicatur lege Aquilia etiam in iis, quorum culpa vel levissima atque adeo imperitia damnum datum est. Sed ita, si quis quid usserit, fregerit, ruperit injuria, id est si quid facto suo nocuerit. Quod si patiatur vel dolo, vel negligentia res alienas uri, frangi, rumpi, cum subvenire posset; puta, si fructuarius cui ususfructus fundi relictus est, agrum non proscindat, vites non subserat, aquarum ductus corrumpi patiatur, lege Aquilia, id est ex delicto non tenetur, ut diserte scriptum est in *L. si cujus*, 13. §. *de præteritis*, in fin. *D. de usuf.* Nec abs re actio nulla constituta est adversus ejusmodi neglectum. Nam si quis quid omisit, cujus omittendi justam caussam habuit, is non delinquit. Proinde nec tanquam ex delicto teneri eum oportet. Jam vero multæ sunt et variæ caussæ, propter quas quis venia dignus sit, si ad propulsandam ab alio injuriam, si ad res ejus tractandas et juvandas non accedit: certe quibus fiat, ut quemquam ad id faciendum cogi sit iniquum. Non tuetur quis eum, quem aliqui aggrediuntur; nempe quia diffidit viribus suis, metuit periculum, metuit inimicitias. Res alienas non attingit, et corrumpi patitur; nempe quia metuit, ne si gerendas suscipiat, non recte gerat; versetur ne aliis suspectum futurum sit officium suum, domino non gratum. Denique in re aliena non vult esse curiosus. Honeste hæc dicuntur, et ad excusationem probabiliter. Quæ cum in hac re occurrere possint, et multo plura ac justiora, merito hæc cuique privatim expendenda permissa sunt: et ubi manifestum delictum non est, non debuit adversus id actio constitui. Potest dolo malo et malevolentia, aut certe lata culpa defensionem alterius quis deserere, ut non minus hic delinquat coram Deo, quam si læsisset; sed quoniam id non constat, merito quid hic possit, aut sentiat dum alium non juvat, judicio Dei relinquendum fuit.

V. Solum ergo relinquitur delictum id, quod specialiter appellamus maleficium, ex quo ut ex delicto obligatio nascatur: ut merito hic dicta sit in divisione obligationum actio nasci ex maleficio, quæ vere ita est, ut non ex omni delicto oriatur; sed solum ex maleficio. Est autem, ut ante dixi, maleficium, factum omne quo nocetur, detrahiturque quid alteri. Ut enim benefacere dicimur, cum facto nostro alii prosumus: ita male facere, cum facto nostro alteri nocemus. Qua ex definitione etiam illud intelligimus, etsi quod factum nostrum instructum sit ad nocendum alii, nisi tamen eo evaserit, ut noceret, nullam ex eo tanquam ex delicto adversus nos esse actionem. Finge constituisse aliquem mihi injuriam facere, neque constitisse tantum in hac cogitatione, sed consilium ad rem conferentem summisisse qui mihi convicium faceret. Si id factum non sit, placet ne eum quidem qui summisit, mihi teneri. *L. item apud*, §. *si curaverit*, *D. de injur.* Et quod hic in una specie dicitur, in omnibus aliis similibus intelligendum est.

VI. Duas video hoc loco esse [3] exceptiones. Unam adversus calumniatores: alteram adversus eum, qui servo alieno suasit ut domino furtum faceret. Quod ad calumniatores atti-

3) Plures exceptiones in delictis publicis, quas persequi hujus non est loci nec istituti.

attinet, si quis pecuniam acceperit quo alicui calumniæ caussa negotium judicio faceret, aut non faceret, constituta est edicto adversus eum actio intra annum in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepisse dicetur: post annum in simplum. Et constituta non adversus eum solum, qui negotium fecit, atque ita nocuit, ut convenerat; sed etiam qui non fecit. Constituta præterea non tantum ei, qui pecuniam dedit, cui sane nocitum non est: sed etiam ei, cui ut negotium fieret, actum erat; cui si negotium factum non sit, dici non potest nocitum fuisse. Hæc indicantur in *L.* 1. in pr. *L.* 3. *L. si quis*, 7. *D. de calum.* Unde ergo hic actio ei, cui malefactum nihil proponitur? Non aliunde, quam quod turpe factum præcessit instructum ad alteri nocendum calumniæ caussa: et utile esse visum est id ita constitui, ad calumniam improborum etiam ante quam ad eam veniretur, reprimendam. In eo autem servo, cui quis suasit, ut domino furtum faceret, et quod surripuisset, ad se deferret: certum est, si re ad dominum delata permittente eo servus rem domini abstulerit, et ad sollicitatorem illum detulerit, re vera neque furtum fieri, neque servum corrumpi; sed tamen propter improbum consilium servi corrumpendi, quod in eum actum usque processerit, quod sollicitator voluit, placuit Justiniano eum qui corrumpere voluit, simul et furti et servi corrupti obligari. *L. si quis servo*, *C. de furt.* §. *sed etsi*, *Institution. de oblig. quæ ex del. nasc.* Cæterorum extra has caussas exemplo superiore injuriarum muniti tenebimus, nunquam facto ad malefaciendum et nocendum tantum comparato actionem dari solere adversus eum qui instruxit, ubi maleficium non sit secutum.

VII. Sed ut non ex alio delicto inter privatos obligatio et actio est, quam ex maleficio: ita quodcumque maleficium id erit, idest quodcumque ejusmodi factum, ut jam nunc noceat, placet ex eo obligationem et actionem esse, qua teneatur is, qui admisit. Verum non uno modo: sed actione pro qualitate cujusque maleficii constituta. Non enim unum genus est maleficii. Hinc genera maleficiorum distincta. Quo etiam in his pro natura cujusque de genere pœnæ et obligationis privatæ constitueretur. De quibus si quæratur, non alia certior generum divisio esse potest, quam si sumatur ab iis rebus quæ cuique detrahuntur, quando de eo nunc agitur. Quæraturque, quæ sint in singulis nocendi rationes. Ut igitur omne quod nostrum est, aut est in persona cujusque, aut in rebus externis: sic maleficium omne, seu omne factum quo detrahitur alteri, aut in personam infertur, aut in res ejus. Quod in personam alterius maleficium est, idest unius generis, et proprie dicitur injuria. Quod in res admittitur, multiplex et varium, licetque generaliter alieni detractionem vocemus.

CAP.

CAP. XXV.

De injuriis.

Injuria specialiter dicta quid, privata hæc et popularis, et quæ utraque. I.

Facta quibus infertur injuria aut corpus lædunt, aut libertatem violant, aut existimationem minuunt. II.

Quæ facta corpus et libertatem violent. III.

Minuitur existimatio aut verbis, aut scripto, aut factis. IV.

Verbis; *ingerendo convicia: quid convicium, et quot modis fiat.* V.

Scripto; *autem libellis, historia, Epigrammatis famosis, vel sine scripto picturis. Hoc totum quomodo severius a legibus vindicatum.* VI.

Factis; *si quid dolo malo fit adversus aliquem, quod probari et turpitudinis moveat suspicionem, et quæ id genus.* VII.

Superiora ita pertinere ad injuriarum actionem, si tria concurrant. VIII.

1. *Affectus injuriam facientis: ex quibus caussis hic abesse intelligatur.* IX.

2. *Innocentis læsio.* X.

3. *Injuriæ sensus, et indignatio.* XI.

Actio injuriarum criminalis et civilis. Quid utraque: posterior hujus loci propria. XII.

Pœna actionis injuriarum pecuniaria. XIII.

Actio prodita injuriam passo, et iis ad quos injuria pertinet: et qui illi. XIV.

Adversus eum qui aut fecit injuriam, aut in eo mandatum vel consilium dedit. XV.

Damnatus injuriarum fit infamis; sed non is qui in jus vocavit aliquem adversus edictum etsi injuriam intulit. XVI.

Injuria popularis quatenus vindicatur. Datur cuique. Duo facta ad eam pertinent, et quæ. XVII.

I. Injuria et generaliter dicitur, et specialiter. Generaliter omne, quod non jure fit. Itaque etiam in cæteris delictis, quæ in res inferuntur injuria est: nomine ita composito, ut sit quasi non jura. Specialiter est id maleficium, quod in personam cujusque infertur, de quo nunc quærimus: quod alio verbo dicitur contumelia a contemnendo; ut sit, quidquid fit, et ingeritur in contemptum et ignominiam alterius. Hæc in *L. 1. D. de injur. Institution. eod. tit.* [1] in princip. Injuriæ hujus generis sunt duo, ut re distincta, ita vindicata propriis actionibus. Quædam est privata, quædam popularis. Privatam voco, quæ fit privatis. Popularem, quæ fit magistratui tanquam magistratui, ut sic quodammodo pertinere videatur ad Rempublicam, cujus in persona magistratus violatur auctoritas; eoque et pertinere ad omnes. Unde etiam actio est constituta non magistratui, sed popularis, id est cuivis e populo. Privata injuria quædam est communis, quæ cuicumque facta sit, vindicatur in omnes, unaque et communi actione tenetur, quæ dicitur injuriarum. Quædam, quæ proprie admittitur in eos, qui contra quem per edictum licet, in jus vocati sunt. De qua et propria actio constituta est. De quibus generibus ordine dicemus.

II. Constat omnis injuria factis dictisve ad contemptum et ignominiam alterius pertinentibus. Quæritur quænam ea facta sint in singulis istis generibus. Et in reliquis ea certa sunt et pauca, ut expeditam præceptionem illa habeant. In privata et communi injuria non ita. Sunt enim facta varia, quibus ea injuria admittitur. Quæ cum ad certa genera nobis revocanda sint, quid de his certi tradi

1) Diss. Valens Acidal. *Divinat. in Stich. Plauti C. 4.* Male Christoph. Coler. *Parerg. C. 32. in d. pr. I.* pro *alias* restituit *alia est* ex loco Pauli in *Fragm. Pithœi.* Id enim refellunt sequentia, ubi adhuc bis vocula *alias* repetitur. Male idem Tribonianum stuporis arguit, ac si *ibid.* prætorem injusta sententia dicta injuriam accepisse velit. Intelligit enim eum contra quem dicta est, et subauditur vocula *is*; et Tribonianus igitur injuriam a Colero accipit. Recte autem et Latine Ulpianus in *L. 17. §. 3. h. t. contumeliam fecit* dixit, pro intulit. Nam ita quoque Plaut. *Asinar. 2. Sc. ult.* Terent. *Phorm. 2. Sc.* 8. et alii Barthol. Barrient. *Annot. C.* 11. qui tamen omnino errat putans hanc phrasim a Cic. *Philipp.* 3. in Antonio reprehendi, ut et Hadrian. Cardinal. *de Mod. latine loq. p. m.* 147. Nam Antonius facere contumeliam dixerat pro affici contumelia sicuti facere damnum etc. Muret 6. *Var. lect.* 18. Quod ipsa loci sententia convincit, maxime verba ea: an quam facit is qui cum dignitate est: quæ autem potest esse major. Nam gravior injuria, non quam viliori qui cum dignitate est infert, sed quæ huic infertur. vid. *infra N.* 12. Quanquam nec inscite Cominæ. *Lib. 5. Comm. p. m.* 139. quo potentior et major qui injuriam facit, eo gravius dolere eos quibus infertur, quod propter auctoritatem illius magis ad infamiam suam pertinere putent. Reperitur et injuria pro severitate ut apud Terent. *Heaut. 5. Sc.* 2. Matres filiis in peccando adjutrices, auxilio in paterna injuria solent esse, id est in acerbiori castigatione, Guilielm. Canter. 7. *Novar. Lect.* 12. Quo sensu injuriosa rhapismata *L. ult. C. de emant.* Itemque pro damno. Sic injuriæ cœlestium pro vi tempestatis. Cap. Peucer. *Comm. de Divinat. Cap. de Astrolog. p.* 117.

di possit, videamus. In quo uterer partitione Labeonis ea, quæ refertur in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* Sed vereor, ne non satis complectatur, certe non satis enucleate, omnia quæ pertinent ad comprehendenda exempla tam multa, quam multa passim leguntur sub hoc *Titulo Digestorum*, ac ne membra quidem ipsius partitionis satis distinxisse ad intelligendum videtur. Omnis, inquit, injuria aut in corpus infertur, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinet. Ad hæc posteriora duo recte referantur ea, quæ sunt existimationis cujusque. Haud scio an recte ea, quæ ad cujusque libertatem pertinent. Sed et hæc ipsa quæ ad dignitatem, aut ad infamiam pertinent, verendum, ne non recte distinguantur inter se. Quid est enim ad infamiam, nisi cum dignitas læditur? et contra quæ ad dignitatem pertinet contumelia, nisi quæ pertinet ad infamiam, ut cum comes matronæ abducitur? Utcumque ea partitio est, mihi ex definitione injuriæ, et iis rebus, quæ sunt personæ cujusque commodissime sumi posse videtur, quæ hic facta injuriam contineant. Injuria in personam est. Est igitur factum omne, quo alterius persona læditur, violatur. Lædi persona intelligitur, cum quid minuitur earum rerum, quas Deus in persona ipsa proprias cujusque esse voluit. Hæc in vivente tria sunt, corpus ejusque incolumitas, libertas, existimatio. Ita fit, ut omnis injuria sic inferatur, cum aut corpus [2] violatur, aut libertas minuitur, aut minuitur existimatio.

III. Violatur corpus cædendo, pulsando, vulnerando. Atque hinc præcipue injuriarum actio. *L. lex Cornelia*, *L.* 1. §. 1. *D. de injur.* Minuitur libertas, cum ea quæ concessa sunt cuivis libero homini in rebus, ea nos non patitur facere: ut rebus communibus uti pro communibus, privatis autem ut nostris. Ut si quis nos prohibeat piscari in mari, in publico loco agere, sedere, versari. Si quis re mea uti non permittat. Quarum etiam rerum nomine injuriarum actio est. *L. injuriarum*, §. *si quis me*, *D. de injur. L. qui pendentem*, *D. de act. empt.*

IV. Minuitur existimatio corpore et libertate salva, aut verbis probrosis, aut scripto, aut facto ad eamdem probri et turpitudinis notam comparato.

V. Verbis, si cui convicium fiat. Adversus quam partem constituitur edicto injuriarum actio in *L. item*, §. *ait*, 1. *D. de injur.* Convicium Labeo a vociferatione dictum putavit, quasi convocium: ut si cum multæ voces contumeliæ caussa in unum conferuntur, ut Ulpianus refert in *d. L. item*, §. *convicium*, *D. de injur.* Valla *Lib.* 6. *Elegant. C.* 52. dictum vult a vitando, seu a vitio: ut sit convitium, cum plura simul vitia, seu probra in aliquem ingeruntur, id est dicitur id, et confertur in aliquem, quod sit vituperandum. Prius illud Labeonis usus veterum confirmat: qui convicium sæpe usurpant pro vocis contentione. Sic aliquoties Cicero. Nemo autem dubitat quin sic accipiatur apud Quintilianum in princip. *Inst.* oratoriar. *Efflagitasti quotidiano convicio.* Et apud Columellam *de cultu* hortorum, *Perpetitur querulæ semper convicia ranæ.* Confirmat et quantitas dictionis convicium; in quo verbo antepenultima producitur Latinis, sicut prima in verbo vocis, unde derivatur, ut in superiore illo verso Columellæ. Sed posterius illud Vallæ magis significationi rei convenit. Re enim vera convitium est, cum vitanda alicui objiciuntur. Ad quod significandum non satis apte deducitur a vociferatione; quia possit esse vociferatio sine convicio: et possit convitium fieri [3] sine vociferatione. Nec nos moverit quantitas antepenultimæ. Ut enim in verbo vocis prima longa est, sic et in verbo vito, unde convitium; etsi in vitio corripitur. Ne illud quidem me moveat, quod interdum significatur hoc verbo contentio vocis. Nihil enim prohibet, quominus dicamus a vitando seu a vitio primum appellatum esse convitium, cum vitia alicui objiciuntur contumeliæ caussa. Quia autem ab iis qui nocere volunt, id fieri non solet si-

2) Injuria recte dividitur a Labeone *L.* 1. §. 1. *h. t.* in eam quæ re fit, et quæ verbis; vulgo alia verbalis, alia realis. Ad verbalem autem etiam quæ scriptura fit referenda. Gail. 2. *Obs.* 104. De hac equidem materia plura, quæ noster non pertractat, adnotare possem, quæ omitto, vid. præter alios Menoch. 2. *Arb. C.* 263. Ernest. Cothaman. *Juris Resp.* 15. *et seq.* Fachin. 9. *Contr.* 7. *et* 5. *seqq.* March. Freher *Lib.* 2. *de Existimat. C.* 9. Gail. 2. *Obs.* 99. *et* 7. *seq.* P. Theodoric. *Disp. crimin.* 2. *Th.* 15. *et seqq.* De discrimine pulsationis et verberationis, de quo *L.* 5. §. 1. *h. t.* quod exagitat Valla 6. *Eleg.* 47. et Fr. Florid. Sabin. 1. *Lect. subcis.* 8. vid. Christoph. Coler. *Parerg. C.* 36. Bus. 3. *Subtil.* 16.

3) Immo nequit, licet maledictum sine ea fieri possit, quod generalius verbum *L.* 3. §. 11. *h. t.* Et rectius etymon ICti probatum auct. Fest. *Lib.* 3. nec ineptum, ut Nic. Perot. *Cornucop. in* 3. *Martial. Epigr. f. m.* 255. Nam et Vallam refellunt Alc. *Lib.* 4. *de V. S.* et Forcat. *Dial.* 57. *n.* 1. *et* 2. quia sæpissime in bonam partem accipitur. Martial. *Lib.* 7. *Epigr.*

Festa coronatus ludet convicia miles

Seneca *in Medea.*

Festa dicax fundat convicia Fescenninus.
Solvat turba jocos - - - - - - - - - - - - -

Cic. 1. *Ep. fam.* 5. *clamore convicioque*, et pro Archia, *suppeditat nobis* (Poeta) *ubi et animus ex forensi strepitu reficiatur et aures convicio defessæ conquiescant*, in quibus exemplis locus non est translationi, quam hic statuit noster, vid. et Rob. 2. *Sent.* 7. Rav. 1. *Var.* 3. Scip. Gentil. *Lib. Orig. sing. pag.* 335. ubi scribendum per C. non T. ait: ut distinguatur a convitio, quod significat plurium simul ædificii partium vitium ac labem. Jan. Meller. *Palmer. Spicileg. Epist.* 15. *pag. m.* 872.

sine vocis contentione, ut alii exaudiant, tractum esse deinde verbum ad eos, qui magna contentione aliquid peterent propter similitudinem, quoniam qui id faciant, sic petant quasi exprobrantes vitium iis a quibus petunt, nisi concedant quod petitur. Sed utrumvis horum placeat de origine verbi: illud certe de re constat, convitium esse quod ante dixi, quidquid probri vitiive ingeritur in aliquem. Et convitium facere eum recte dici, qui id dicit in aliquem, quod si verum sit necesse sit eum improbum, aut alioqui turpem existimari. Et illa quidem nemo dubitat convitia esse, si quis quem homicidam vocet, sicarium, latronem, veneficum, quæ in apertis criminibus numerantur. Sed et quæcunque sunt minora, si quam turpitudinis significationem apud honestos viros habeant, non minus injuriam habent, et eo nomine tenentur. Cujusmodi est, si quis non debitorem suum, debitorem appellet. *L. item*, §. *si quis bona*, in fin. *D. de injur.* In quo si quis quærat, quæ sit contumelia, et quæ turpitudinis nota? hæc est. Hoc enim qui vituperandi caussa objicit, vult eo dicto intelligi, eum cui objicit, hominem vilem esse, si non habet, unde exsolvat: aut fraudulentum et improbum, si cum habeat, detrectet solvere; et infitietur debitum.

VI. Scripto læditur existimatio et fit injuria, libellis, historia, aut epigrammatis [4] famosis, id est ad infamiam et ignominiam alterius compositis. Quod fit, cum scripto eadem probra ingeruntur, quæ si objicerentur verbis, convitium haberent, §. 1. *Inst. de injur.* Quod genus injuriæ quia per scriptum ad plures pervenit, gravius habetur. Ideo constituta est actio injuriarum et actio hoc nomine lege Cornelia, et quidem ita, ut si condemnatus sit qui id fecit intestabilis esse ex lege jubeatur. *L. lex Cornelia*, §. *pen. D. de injur.* Cumque ad hoc genus infamandi proclivis esset hominum petulantia, et maledicendi atque alios vexandi libido; et eo magis placeret, quod qui convitium faciunt, latere non possunt: qui autem libellos famosos emittunt, possunt latere suppresso suo nomine: idcirco etiam jam olim huic morbo occursum est veteribus legibus, et severe actio constituta in hac caussa: ut scilicet teneretur non solum

is qui composuit, sed et qui scripsit, edidit, dolove malo fecit quo quid eorum fieret. *d. L. lex Cornelia*, §. *pen. D. de injur.* Hoc amplius etiam ex constitutionibus qui libellum famosum inventum apud se non [5] continuit, aut non corrupit prius quam alius inveniat. *L. unica*, *C. de fam. lib.* Famosis libellis et scriptis similia habentur, quæ producuntur sine scriptura in notam aliquorum, ut est in *d. L. lex Cornelia*, §. *ult. de injur.* De quibus etiam *ibidem* traditur placuisse senatusconsulto similiter agi posse; idque adversus eum qui produxit; item qui emendum vendendumve curavit. Hujusmodi autem res esse intelligo picturas et imagines; quæ aliquem exprimunt, et addita alicujus turpitudinis aut deformitatis repræsentatione notant. Adversus quas etiam eodem senatusconsulto placuit rem publica quæstione vindicari adversus supra scriptas personas, cum nomen adjectum non est ejus, in quem illa sunt prolata; ut proinde difficile sit ei qui notatus est, probare in privato judicio se notatum esse. Hoc in *L. quod senatusconsultum*, 6. *D. de injur.*

VII. Facto minuitur existimatio, cum id fit dolo malo, quod in eo adversus quem struitur, movet aut movere potest alicujus probri turpitudinisve suspicionem. Ex quo injuria, atque hinc injuriarum actio. §. 1. in fin. *Inst. de injur.* Hujusmodi facta sunt, de quibus etiam cautum est edicto, si quis matronæ comitem abduxerit; si matronam aut virginem appellarit, assectatusve sit contra bonos mores. Quæ ut proponuntur: ita explicantur in *L. item*, §. *si quis virgines*, usque ad §. *ait, D. de injur.* indicantur eadem in §. 1. *Inst. eod.* Lædunt autem hæc existimationem hoc modo. Comite abducto matronæ, quæ propter dignitatem comite uti soleat, facile movetur suspicio vulgo, eam per solitudinem aliquid captare turpe, in quo nunc præter consuetudinem testes non admittat. Qui appellat matronam aut virginem, idest pudicitiam ejus attentat, satis hoc facto declarat se eam pro honesta et pudica non habere, a qua audeat id flagitii sperare. Assectatio frequens idem facit. Affert enim suspicionem eum quærere congrediendi occasionem. Ejusdem generis factum est, si quis ali-

cu-

4) Famosi dicuntur non quod vere inurant infamiam, sed quod hoc agat, quantum in se est, injurians, vid Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. C.* 10. *n.* 5. *et seqq.* Vocantur carmen in 12. Tabb. Cic. *in Fragm.* 4. *de Rep.* Carmen famosum. Sent. Pauli 4. S. 15. *L.* 21. *pr. de testib.* carmen malum, Arnob. *Lib.* 4. Horat. 2. *Sat.* 1. *circ. fin.* Hodie Pasquilli, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam affigi soleant, de quo vid. Jo. Boter. *Lib.* 1. *de orig. Urb. C.* 6. *p.* 781. Bernardin. Gomes. *Lib.* 3. *de Sale C.* 32. Quæ injuria et LL. 12. Tabb. severe vindicata capitis suplicio, vid. LL. 12. *Tabb.* ex disposit. Foth. *tit.* 25. S. 3. Ræv. *ad LL.* 12. *Tabb. C.* 25. *et* 1. *Conject.* 18. et variis constitutionibus, ut apparet ex *C. Th. tit. de famosis lib.* De quo pluribus Menoch. *Cas.* 263. *n.* 54. *et seqq.* Freher. *Lib.* 3. *de Infam. C.* 9. *n.* 23. *et seqq.* Jo. Duath. *de Testam. n.* 226. *et seqq.* Scip. Gentil. 2. *Parerg.* 30.

5) Menochius tamen *Arb. Cas.* 263. *n.* 48. ex facto quæsitum se respondisse, scribit, eum qui nec auctor, nec inventor libelli, sed ab alio ex curiositate accepit, ut exemplum inde sumeret, retinendi non divulgandi animo, extra noxiam esse.

licujus bona tanquam debitoris occuparit, qui debitor non erat. §. 1. *Inst. de injur.* Quo facto scilicet eadem illa significantur quæ supra diximus in hujus generis convitio. Ejusdem generis fuit et illud apud Romanos, quod proponitur in *d. L. item*, §. *generaliter*, *de injur.* si quis ad invidiam alicujus veste lugubri aut squalida utatur, si barbam demittat, vel capillos. Dictum hoc ex more veterum. Mos enim fuit apud Romanos; si qui vexasset in magistratu provinciales, reus esset repetundarum aut concussionum, ii qui læsi essent, venirent Romam, et ad injurias acceptas significandas, commovendamque misericordiam, eo habitu, quem dixi, uterentur. Quod Budæus in ejus loci explicatione [6] docet in *annotation. posteriorib. in Pandectas.*

VIII. Hæc sunt igitur facta, quibus fit injuria, nec ulla præterea, quæ non ad unum aliquod ex his generibus referuntur. Sed non statim ut quidque eorum, quæ suprascripta sunt, factum erit, ita aut injuria facta est, aut est injuriarum actio adversus eum, qui fecit. Tres sunt in eo conditiones, quas concurrere oporteat, ut sit propter ea quæ diximus injuriarum actio; si nimirum et is qui quid eorum fecit, contumeliæ caussa fecerit: et qui passus est, immerito læsus sit: et idem statim ad animum suum revocaverit injuriam. Si quid horum deest, cessat actio injuriarum.

IX. Jamprimum hoc exigimus, ut quidquid istorum factum erit, injuriæ faciendæ caussa factum sit; quod secus factum est, ad hanc obligationem non pertinet. *L. injuriarum*, §. 1. *L. item*, §. *meminisse*, §. *si quis bona*, in fin. *D. de injur.* Hoc enim statui debet injuriam ex affectu facientis consistere. *L.* 3. *D. eod.* Neque tamen si quis cum quid eorum, quæ supra diximus, fecerit, neget se hoc animo fuisse ut injuriam faceret: continuo illi [7] creditur. Sed id ipsum ita esse certo aliquo argumento probandum est. Inanis est enim affectus defensio, quæ contrariis factis refellitur: ubi scilicet dictum aut factum de quo agitur, notam aut ignominiam in se habeat. Abesse affectus injuriæ faciendæ probatur, aut ex conditione personæ facientis, aut ex præcedente faciendi caussa. Ex conditione personæ, si qui sunt, quorum nulla voluntas est, qualis est furiosus et mente captus, aut qui quod agitur, non intelligunt, qualis est impubes nondum doli capax. Ideo hi injuriam nec facere, nec posse existimantur. *L.* 3. *D. de injur.* Nondum autem doli capax habetur infans, et qui infantiæ est proximus. §. *pupillus*, *Inst. de inut. stip.* §. *in summa*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Ex caussa faciendi id intelligitur, si qua caussa facti præcessit superiori affectui contraria. Cujus generis caussæ genere sunt hæ tres: casus; faciendi necessitas jure imposita; et voluntaria quidem alia faciendi caussa, sed honesta et probabilis. Quod casu et ab incogitante in alium incidit, id ab affectu injuriæ faciendæ longe abesse perspicuum est. Ut si quis dum servum suum ferire vult, servo se subducente proximum stantem invitus percussserit, aut si dum avem aut aliud quid telo emisso ferire vult, telum decidens in aliquem inciderit, et eum læserit. Ideo hic injuriarum non tenetur. *L.* 4. *D. de iujur.* Faciendi necessitas est in his, qui pro necessitate muneris publici quid decernunt, aut faciunt in aliquem, quod a privatis si fieret, haberet injuriam. Quidquid ejusmodi est, injuriarum non tenetur: veluti, si magistratus pro officio jurisdictionis alicujus damnati bona capi, et distrahi jusserit, si quem jusserit ob maleficium in carcerem duci. Item si apparitor jussu magistratus aliquem in carcerem duxerit, et repugnantem vi ire compulerit. Hi, inquam, injuriarum non tenentur: *L. injuriarum*, §. 1. *et* 2. *D. de injur.* et merito, quia ab his duplici de caussa injuria abesse intelligitur: primum quod jure faciunt, qui jure publico in his utuntur. Juris autem exsecutio non habet injuriam, inquit Ulpianus in *d. L. injuriarum*, §. 1. scilicet quia non est injuria, nisi cum fit aliquid non jure *L.* 1. *D. eod.* Deinde quia abest ab his injuriæ faciendi affectus, quos constat ideo facere, quia jure cogebantur. Et hanc quoque rationem complexus videtur Ulpianus in *d. L. injuriarum*, §. 1. Voluntariæ faciendi caussæ non improbabiles sunt complures, quæ in iis quæ supra injuriam habere diximus, animum a facienda injuria longe alienum ostendunt, eoque et facientem ab injuriæ etiam suspicione tutum actione injuriarum liberant. Cujusmodi sunt hæ, si quid fiat joci,

6) Et is mos reorum ac lugentium, vid. Cujac. 6. *Obs.* 5. Forcat. *Dial.* 58. *n.* 3. Ræv. 3. *Var.* 9. *et* 1. *Conject. ult.* Jac. Durant. Casel. 1. *Variar.* 18. Hadrian. Junius *Comm. de Coma C.* 5. Jac. Shegk. *præmiss. Epist.* P. Perrenon. 1. *Animadv. et Var. Lect.* 13. P. Fab. 2. *Semestr.* 10. ubi de squalido reorum habitu etc. Fit quoque injuria gestibus in alicujus contumeliam compositis, manu sublata et ungue pollicis sub indice digito posita, quod Itali vocant ficas facere, de quo Tessaurus *Decis.* 229. *tota.* item si quis linguam exerat, oculos distorqueat in alterius despectum etc.

7) In dubio autem animus injuriandi præsumitur, vid citatos a Treutl. *P.* 2. *Disp.* 20. *Th.* 5. *lit. B.* add. Farinac. *Q. Criminal.* 105. *n.* 113. *et seqq.* Calor iracundiæ ut excuset ab injuria, vide Gail. *L.* 2. *Obs.* 106. Quæ injuriæ retorsio licita, idem 2. *Obs.* 100.

ci, et colludendi caussa; si honoris et officii; si docendi et instituendi gratia. Joci est, ut si quis jocans sodali convitium faciat, aut eum pulset, si inter certandum unus alium percutiat. Et hi injuriarum non tenentur. *L.* 3. *L. item*, §. *meminisse*, *D. de injur.* Officii est, si quis amicus aut cliens matronam honoris caussa assectatur. Ne hic quidem tenetur injuriarum. *d. L. item*, §. *meminisse.* Docendi et instituendi caussa est omnis castigatio, quam præceptor aut magister in pueros disciplinæ suæ commissos adhibeat. Hos igitur si magistri pulsent, aut verberent, aut his convitientur, injuriarum non tenentur. Absunt enim ab injuria duabus de caussis: et quod affectui injuriæ faciendæ contraria est docendi, idest bene faciendi cogitatio: et quod modica ista castigatio magistris concessa est, ut cum eam jure suo exercent, non possit injuriam, idest non jure facere videri. Hoc in *L.* 5. §. *ult, seq. D. ad leg. Aquil.*

X. Etiam in iis quæ dicuntur, scribunturve ad alterius infamiam, alterum exigimus ad obligationem et actionem injuriarum, ut læsus sit, qui illa quæ objiciuntur, non admisit. Cæterum, inquit Paulus, eum qui nocentem infamavit, non est bonum et æquum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse et [8] oportet et expedit. *L. eum qui nocentem*, *D. de injur.*

XI. Est et tertia conditio, quæ in omnibus dictis factisve ad injuriam alterius pertinentibus injuriarum actionem admittat, si quis injuriam ad animum suum statim revocaverit. Quod fit, si quid fecit, dixitve, quo declararet, se id quod factum est pro injuria habere; etsi non est minatus se injuriam persecuturum. Quod si non revocavit, et uno verbo si dissimulavit injuriam, injuriarum agere non potest. Non tam tamen quia ab initio facta injuria non sit, et nata injuriarum actio; quam quod injuria ejusque actio

sit remissa; quam semel remissam ex pœnitentia revocare non licet. Idque est quod dicitur, injuriam dissimulatione [9] aboleri. §. *ult. Inst. de injur. L. non solum*, §. 1. *D. eod.*

XII. Cum ergo hæc concurrent, ut cum quid eorum factum erit, quibus injuriam inferri diximus, etiam injuriæ faciendæ caussa factum sit, et innocens infamatus, et qui passus est, non dissimulaverit injuriam: tum locus erit injuriarum actioni. Hæc duplex est constituta. Nam de omni injuria potest is qui passus est, vel criminaliter agere, vel civiliter. Criminaliter, ut sit accusatio criminis ad cœrcitionem extraordinariam comparata. §. *in summa*, *Inst. de injur.* et subscriptio in crimen, ut fit in omni alia accusatione. *L. ult. D. de furt.* Pœna autem ea, quæ traditur in *L. ult. D. de injur. d.* §. *in summa*, *Inst. eod.* de qua actione nunc non agimus. Civiliter, ut sit actio injuriarum privata, quam nunc quærimus, nata ex obligatione privata, qua se obstringit qui injuriam facit, ei qui injuriam passus est. Civilis ideo [10] dicta, quia hac actione civis cum cive agit de re privata et familiari ad se pertinente. Hic enim persequitur pœnam pecuniariam, quæ ipsi dependatur, non fisco, aut Reipublicæ. Quod non item fit in accusatione et actione criminali, ubi agitur quidem cum cive; sed Respublica agit, non civis. Etsi enim accusator homo privatus est, et civis: tamen non suo nomine agit, sed Reipublicæ, cum res spectet ad vindictam et pœnam criminis, quæ Reipublicæ penditur, non accusatori. Unde in extraordinaria coercitione, quæ accusatione criminis peragitur, dicitur vigor publicæ disciplinæ versari. *L. locatio*, §. *quod illicite*, *D. de publ.*

XIII. Injuriarum actio privata et civilis pœnam habet legitimam. Pœna olim ex lege duodecim tabularum ob membrum ruptum [11] talio fuit, cæterarum injuriarum nomine pœna-

8) Quo faciunt illa

Horatii 2. *Sat.* 1. *in fin.*

. . . . *Si quis*
Opprobriis dignum latraverit, integer ipse:
Solventur risu tabulæ, tu missus abibis.

Sed hæc ita si reipublicæ expediat crimen objectum notum esse veluti si quis furem, latronem, homicidam vocet, probare paratus. Secus si reipublicæ non intersit illud detegi, maxime si a culpa ejus, cui convicium fit, non profectum: ut si claudum quis vocet, gibbosum, ebrium, pauperem, filium meretricis. Gomez. 3. *Resol.* 6. *n.* 2. Gail. 2. *Obs.* 99. Thomas Actius *de Privileg. infirmat. P.* 2. *lit. I.* verbo *Injuriosa.* Fachin. 9. *Contr.* 10. Bron. 4. *Ass.* 77. Tametsi Nicolaus Gosso *in Comm. ad Consuet Atrebat. Art.* 19. si quis spurium vere, ita appellaverit, non teneri velit, cum publice expediat spurios ab ingenue natis internosci, ut ab honoribus arceantur. Alii tamen convitii veritatem non eximere judicio injuriarum, quantumcunque reipublicæ intersit id detegi, si non vindicandæ utilitatis publicæ caussa, sed injuriandi libidine effusum, Rob. 2. *Sent.* 7. Covar. 1. *Var. Resol.* 11. *n.* 6. *et* 7. quia pravus animus revelantis rem iniquam efficiat. Animum autem inde æstimari statuit, si absque caussa et utilitate ejus negocii, quod tractatur, objectum sit, ut si in judicio quis crimen exprobraverit, quod nihil ad juris sui comprobationem vel defensionem pertinet. Posita tamen hac opinione, certum puto ad palinodiam urgeri non posse probare paratum. Ad nullam enim famæ restitutionem teneri quis potest ei, qui famæ jure jam privatus est, Freher. *Lib.* 3. *de Infam. C.* 24. *n.* 3. absonumque, est ut qui verum dixit, id recantet, Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 17. *n.* 33. Moller. *ad Nov. Sax.* 42. *P.* 4. *n.* 20. Everhard. Junior. *Cons.* 66. *n.* 1. *Vol.* 1.

9) Quod singulare esse, tradit Ant. Fab. *ad L.* 9. *de neg. gest.* (cum alias actio nuda voluntate creditoris non tollatur *d. L.* 9. imo ne pacto quidem ipso jure,) favore conservandæ concordiæ inductum, cum non simpliciter actio ex injuria nascatur, sed ita si ad animum revocata. Remissa tamen injuria reali, damna, expensæ, ac id quod interest, remissa non censentur, Gomez. 3. *Resol.* 6. *n.* 12.

10) Estque annalis nec heredi nec in heredem datur, lite cum defuncto non contestata *L.* 13. *pr. L.* 15. §. 14. *h. t.* Num vero idem in actione de injuria reali, quæ ex lege Cornelia? vid. Gomez. 3. *Resol.* 6. *n.* 16. Fachin. 9. *Contr.* 7. Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 20.

11) Agell. 20. *Noct.* 1. Forner. 2. *Select.* 29. Quo pœnæ jure Sax. *Nov. Elect. Sax.* 42. *P.* 4. Beust. *ad L.* 9. §. 2. *de Jurej. n.* 11. et 12. post alios P. Thedoric. *Disp. crimin.* 2. *Th.* 10. *lit. E.* De actione ad Palinodiam Gail. 1. *Obs.* 63. Moll. 1. *Semestr.* 23. Pa-

na pecuniaria. Post antiquata ea lege ex edictis prætorum in totum pecuniaria esse cœpit, ut et nunc est. Sic autem constituitur, ut qui injuriarum agit, injuriam æstimet, ad certam summam, quam petat: hanc autem magistratus, apud quem agitur, moderetur, uti quæque res erit, id est, sequatur, si videtur non magna æstimatio. Sin videtur major justo, hanc temperet, deque eo statuat pro levitate, aut [12] atrocitate injuriæ. Hoc in §. *pœna*, *Inst. de injur. L. item*, §. *quod ait*, *D. eod.* Hinc quæsitum, quod ad hanc æstimationem pertinet, quæ sit atrox injuria, et quibus rebus ea æstimetur. De quo dilucide scriptum est in §. *atrox*, *Inst. de injur. L. prætor*, §. *ult.* et 2. seqq. *D. eod.*

XIV. Hæc actio ex obligatione est, constituta ei et adversus eum ad quos ea res pertinet. Constituta est igitur injuriam passo ad injuriæ acceptæ levationem. Patitur quis injuriam non tantum per semetipsum, sed etiam per alios. Per semetipsum, quisquis in corpore, libertate, existimatione sua ipsius quid eorum passus est, quibus supra injuriam inferri diximus. Per alios is, ad quem injuria aliis facta æque pertinet. In quo numero sunt sex; dominus, pater, maritus, socer uxoris, sponsus, heres. Dominus quidem si ejus servo, [13] pater si filio quem in potestate habet; maritus si uxori; socer si nurui, cum maritum in potestate haberet; sponsus si sponsæ; heres si defuncto; aut funeri defuncti injuria [14] facta sit. *L.* 1. §. *item*, §. *quoties*, *D. de injur.* §. *patitur*, *Institution. eod.* Dum tamen in injuria servo facta hoc moneamus, dominum non ob quamlibet injuriam servo illatam agere posse injuriarum: sed ita, si atrociter verberatus sit, aut pudicitia ejus attentata; ob convitium autem ei factum, vel si quis eum pugno percusserit, nullam esse actionem. Hæc sententia *d.* §. *patitur*, *Institution.* De sponso quod dixi, est in *L. item*, §. *sponsum*, *D. eod.* Ergo his omnibus injuriarum actio est: excepto servo, cui nulla injuria fieri intelligitur, sed domino tantum per eum fieri videtur. *d.* §. *patitur.* Etsi iis injuria facta erit, per quos etiam ad alios redundat injuria: eveniet eodem tempore, ut utrisque actio injuriarum suo nomine acquiratur. *d.* §. *patitur*, in princip. Neque quidquam hic distinguemus, inter liberos homines quidam sint ii, adversus quos quid eorum factum sit, quibus injuriam contineri diximus: iine qui intelligant, quid actum sit, an qui non intelligant. Etiam impuberibus et furiosis læsis, placet hos injuriam pati videri quanvis inferre non possint, et simul acquiri his injuriarum actionem, quanvis constet eos injuriam ad animum suum revocare non posse. *L.* 3. *D. de injur.* Unde intelligimus quod dicitur injuriam dissimulatione aboleri, ubi quis injuriam ad animum suum non revocavit, ad eos pertinere, qui intelligant, quod agatur, et injuriæ sensu tangi possunt; ad impuberes autem et furiosos non pertinere. Merito. Frustra enim revocationem ad animum exigamus, qui velle et affici ad eam rem non possunt.

XV. Est autem actio non solum adversus eum qui fecit injuriam, puta qui percussit: verum adversus eum quoque qui dolo fecit, vel mandando persuadendove [15] procuravit, ut injuria fieret. Unde fit, ut si unius mandato alius fecerit injuriam, recte placeat tam eum qui mandavit, quam eum qui suscepit, teneri injuriarum.

XVI. Exitus judicii hic est, ut injuriarum damnatus non tantum pœnam pecuniarum debeat, in quam condemnatus est; sed et notetur infamia. *L.* 1. *D. de his qui not. inf.* Et si ob libellum famosum damnatus sit, fiat ex lege intestabilis. *L. lex Cornelia*, §. *pen. D. de injur. L. ob carnem*, *D. de testib.* Atque hæc injuriæ descriptio et obligatio est: privatæ quidem, sed tamen communis, quæ ut omnibus fieri potest, ita cuicumque facta sit, tenetur una et eadem ista actione injuriarum. Est, ut dixi, inter privatas injurias genus quoddam peculiare, quod proprie admitti placuit in eos, qui ex edicto in jus vocari non possunt, et contra edictum vocati sunt: de quibus cautum est edicto de in jus vocando. *L.* 2. *L.* 4. *D. de in jus voc.* Hæc vocatio injuria quædam est: certe ita haberi prætores voluerunt. Sed ea injuria, adver-

linodiæ loco veteribus erat ritus satisfactionis interpositione juramenti qua qui læserant, jurabant se agnoscere, quod indigno injuriam intulissent, et ei nolle factam. Terent. *Adelp. Act.* 2. *Sc.* 1. Plaut. *Amphitr. Act.* 5. *Sc.* 2 P. Nann. 2. *Misc.* 7. Turneb. 18. *Adversar.* 25.

12) Scite Salvian. *Lib.* 7. *de Provid.* Dei. Semper per dignitatem injuriam perferentis, crescit culpa facientis, quia necesse est, quanto major est persona, quæ contumeliam patitur, tanto major sit noxia ejus, qui facit, Ræv. 2. *Var.* 9. ubi recte notat Cujacius qui 5. *Sent. Pauli* 4. *et.* 9. *Obs.* 16. verba; *Prætoris in conspectu* emendat, reponens *in populi Romani conspectu*, quem acerbius reprehendit Forner. 1. *Select.* 21. ubi vid. De atrocium leviorumve injuriarum gradibus pluribus Menoch. *Arb. Cas.* 263. Farin. *Q. crimin.* 105. *n.* 175. *et seq.*

13) Ac etsi filius injuriam remiserit, pactusve sit ne agat, pater agere potest *L.* 30. *pr. de pact.* ubi Hot. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 15. *n.* 7. Facit. *L.* 26. *L.* 41. *h. t.* Num pater injuriarum actionem filio competentem remittere possit, vid. P. Theodoric. *Disp. crimin.* 2. *Th.* 18. *lit. C.*

14) Injuria uni de familia facta quatenus consanguineos afficiat, vid. Menoch. *Arb. Cas.* 262.

15) *L.* 11. *pr. L.* 15. §. 8. *h. t.* §. *pen. I. h. t.* Paul. 5. *Sent.* 4. §. 19.

adversus quam certa pœna constituta est, id est quinquaginta aureorum iis, qui in jus vocati sunt, eoque nomine judicium in factum. *L. pen. D. de in jus voc.* Ejus mentio est in §. *pœnales*, *Institution. de action.* Cujus judicii ut longe diversa pœna est ab ea, quæ versatur in actione injuriarum: ita exitus ea condemnationis longe dissimilis. Hac actione damnatus non fit infamis. Certa enim summa hic in judicium venit, non ut in actione injuriarum injuria, quæ certa pecunia æstimetur. Sola autem injuriarum actio in hoc genere delicti infamiam damnato irrogat. *L.* 1. *D. de his qui not. inf.*

XVII. Sed et hæc posterior species, et illa privatam tantum injuriam habet. Dixi et popularem injuriam quamdam esse, eamque esse proprie, quæ in magistratum ut magistratum infertur. Ea autem est, cum contemnitur ejus auctoritas in rebus ad jurisdictionem ejus pertinentibus. Quod genus et peculiaribus actionibus vindicatur edictis prætorum. In hoc genere duo facta coerceri animadverto. Unum est, si quis id quod jurisdictionis perpetuæ caussa in [16] albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit. Quo nomine datur in eum quinquaginta aureorum judicium, quod populare est. Sic enim de eo scriptum est in *L. si quis id quod, D. de jurisd.* ubi hæc pars edicti proponitur et explicatur, et 2. *LL.* seqq. Judicium, inquam, quinquaginta aureorum, ut in omnibus aliis exemplaribus. Ut autem in Florentinis, quingentorum. Sed prior lectio [17] verior. Posterior enim summa major est, quam ut satis conveniat ei delicto, et persecutioni privatæ. Tum autem inusitata est edictis prætorum. Prior usitata. Certe in ea parte edicti, quæ est de in jus vocando in eum qui in jus vocarit aliquem contra quam eo edicto cautum est, ejusdem istius summæ quinquaginta aureorum judicium dari legimus in *L. pen. D. de in jus voc.* Dicitur autem superius judicium populare, ut intelligamus omnibus e populo agere volentibus esse propositum. Idque ita fieri oportuit, ut quoniam injuria hic quodammodo Reipublicæ facta est, eoque ad omnes pertinet; ideo etiam publica actione vindicaretur. Cætera cognosce ex *d. L. si quis id*, et *LL.* seqq. *de jur.* Hujus actionis mentio fit in §. *pœnales institution. de act.* ubi et dicitur actio de albo corrupto: Alterum hujus generis factum est, si quis jus dicenti non obtemperaverit: de qua specie est in *L. unica D. si quis jus dic. non obtemp.* De ea autem constitue ad hanc sententiam: ut liceat omnibus magistratibus præterquam [18] Duumviris, id est exceptis magistratibus municipalibus, adversus eum qui jus dicenti non obtemperaverit, jurisdictionem suam defendere pœnali judicio, *d. L.* 1. in pr. Id est ut ergo interpretor, cuivis agenti, et injuriam ejus contemptus persequenti pœnale judicium dare, quo is contemptus vindicetur, ac per metum ejus judicii jurisdictio magistratus defendatur. Unde intelligimus popularem et hanc actionem esse ut superiorem, id est omnibus ex populo esse propositam. Est autem, inquit Ulpianus, *d. L.* 1. in fin. non ad id quod interest, sed quanti ea res est. Bene Baro hæc verba sic accepit, ut sit quanti ea res est. De qua hic agitur, id est [19] quanti contemptus ejus, qui jus dicenti non obtemperaverit. Nam de eo contemptu vindicando nunc agitur. Quomodo igitur æstimabitur hic contemptus? Ut injuria quæ privatis facta est. Hanc certa pecunia æstimat actor, qui injuriam passus est. Prætor animadvertit. Sic et in hac caussa privatus actor æstimat injuriam magistratui factam. Hanc magistratus secundum jus potestatis suæ temperabit. Quis videatur jus dicenti non obtemperasse interpretatur Ulpianus in *d. L.* 1. §. 1. Sed obscure. Locum recte explicat [20] Duarenus *Lib.* 1. *Disput. C.* 50.

CAP.

16) Album non est paries dealbatus, ut Accursius et DD. quia in *d. L.* 7. §. *ult.* dicitur tolli; murus autem manibus et vi non tollitur: sed aliquod adpensum vel adfixum tabulæ genus, in quo edicta sua prætores describebant, vid. Oldend. *d. Cl.* 1. *Act.* 3. *initio* Coras. 4. *Misc.* 6. Duar. 1. *Disp.* 48. Joach. Steph. *Lib.* 3. *de Jusisd. C.* 5. *n.* 11. *et seqq.*

17) Sed Florentinam contra DD. vulgo probat Cujac. 10. *Obs.* 10. Wes. *in Par. de Jurisd. n.* 13. Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 2. Et recte. Majori enim pœna vindicanda magistratus contempta auctoritas. Hodie hanc pœnam eos tenere qui Magistratuum proclamata, et Episcoporum admonitiones, pro foribus ecclesiæ positas corrumpunt, etsi perpetuæ jurisdictionis non sint, vult Menoch. *Arb. Cas.* 281. *n.* 2. et 3. Cæterum sunt et alia delicta popularia privata, quæ hinc inde dispersa libris nostris docte collegit, ac exacte pertractat vir Cl. mihique interiori familiaritate conjunctissimus Petr. Theodoric. Juris in Salana Prof. publ. *Disp. sua criminali* 3.

18) Disp. P. Perrenon. 1. *Animadv.* 26. qui *d. L.* 1. *pr.* emendans pro *tamen* substituit *tantum*. Quomodo et Noricos libros habere refert, sed reprobat Ant. Aug. 3. *Emend.* 6. *in fin.*

19) Ita Olend. *Cl.* 1. *Act.* 2. *C.* 4. verba ea non aliud significare, quam verba in pr. *d. L. un.* pœnali judicio, id est quanti est offensio ac contemptus jurisdictionis. Aliter Duar. 1. *Disp.* 50. et *in Apolog. de Jurisd.* contra Egu. Baron. *n.* 20.

20) Cujus hæc videtur sententia: Si in jus vocandi non parueris, locus non est huic edicto, itemque si judicium accipere recusas, seu vindicari non pateris (subaudienda enim hic verba, non incidit in pœnam; nec omnino infrequens ellipsis.) Sed si magistratus sponte venire in jus nolentem jussit duci vel adversarium in possessionem ire, aut ferri, id est tradi adversario rem custodiæ caussa, tum non paruisse videtur. Qui intellectus non usque quaque expeditus videtur. Idem in *Apolog. de Jurisd. n.* 21. *f.* 1100. tum locum esse huic pœnæ cum mulctam dicendo pignora capiendo etc. ad extremum jurisdictionis potestatisque suæ pervenit, nec ei quid reliquum est, quo ad judicium subeundum compellat. Alii ut Zas. 1. *Intellect.* 2. et ad *d. L. un. n.* 7. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 2. *C.* 4. Cujac. 4. *Obs.* 25. Rob. 4. *Sent.* 21. et 2. *Rec. Lect.* 8. Scip. Gentil. 1. *de Jurisd.* 8. per extremum in jurisdictione exsequutionem, vel magistratus exsequentis jussum intelligunt, quod firmat, reprobatis diversis Ant. Fabri *ad L. un.* et P. Grangiani *Parad. C.* 47. expositionibus Petr. Theodoric. *Disp. Crimin.* 3. *Th.* 2. Aliter M. Licklama 5. *Membran. Eclog.* 10. Quid de loci sententia ipse suspicer exponere hic non est locus.

CAP. XXVI.

Quæ maleficia sint in res alienas. Damnum quam detur varie: et de servo alieno ac filiofamilias corruptis.

Duo maleficii genera quæ in res alienas inferuntur; damnum, et alieni subtractio. I.
Damnum quid. Infertur aut corruptione rei, aut eo facto, quo res domino pereat. II.
Corruptione ab animo aut corpore. Ab animo servus. III.
De corrupto servo obligatio et actio comprehenditur edicti verbis in L. 1. D. de serv. corr. IV.
Actio datur in duplum ejus quanti res erit. Hoc quale sit explicatur. V.
Datur domino directa. VI.
Patri utilis. Quid ista minus habeat. VII.

I. Quæ maleficia inferuntur in res alterius, ea sunt, quibus detrahitur, imminuiturve quid de rebus alienis et patrimonio: ut in summa contineatur hic ea, quam dixi, alieni detractio. Detrahendi alteri, imminuendique ejus patrimonii duæ sunt rationes, totidemque genera maleficii, quod in res alienas admittatur: damnum, et alieni subtractio.

II. Damnum, inquit Paulus, ab ademptione, idest a demendo, et quasi deminutione patrimonii dictum est. *L. 3. D. de dam. inf.* Ut sit ipsum videlicet ademptio deminutioque patrimonii. Recte hoc ita dicitur, cum originem verbi quærimus. Cum rem, addere debemus, cum quid diminuitur de alieno nullius lucri nostri caussa. Nam si quid hic fit lucri nostri caussa, delictum in alias species proprias cadit, fitque aut furtum, aut rapina, aut extorsio, et concussio, et si quæ sunt aliæ species, quibus aliena subtrahuntur, de quibus postea suo ordine. Damnum omne infertur dupliciter. Aut enim infertur allato interitu vel corruptione rei, ut cum quid alieni interimitur, uritur, frangitur, rumpitur. Aut ipsum salvis et integris rebus contingit ita, ut cum res per se integræ maneant, pereant tamen domino nihilominus; ut, si anulum alienum in flumen quis dejecerit, si animal compendium solverit, ut fugeret.

III. Res aliena corrumpitur aut ab animo, aut a corpore. Ab animo servus alienus, cujus mores corrumpuntur, qua ex re fit deterior. De eo genere damni actio constituta est edicto, quod est de servo corrupto.

IV. Obligationis et actionis summa ea, quæ comprehensa est verbis edicti, quod exstat in *L. 1. D. de serv. cor.* verba hæc sunt: *Qui servum servamve alienum alienam recepisse, persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eamve deteriorem faceret: in eam quanti ea res erit in duplum judicium dabo.* Est ergo hæc actio adversus eum, qui corruptis servi moribus, aut eum recipiendo, aut hortatu consiliove suo eum deteriorem fecit. Quod accidit maxime his modis; si ea re servus aut fugit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœpit; ut hoc explicatur in §. *in duplum, Inst. de act.*

V. Constituitur actio in duplum ejus, quanti ea res erit. Quibus verbis non continetur tantum servi corrupti æstimatio, qui postquam corruptus est, minoris esse cœpit: sed omne damnum, quod propter corruptelam servi domino contigit. In quo propter æstimationem servi hæc insunt: æstimatio rerum, quas fugiens servus secum abstulit, aut quas dilapidavit corruptus: item operarum servi, quibus servo emanente, aut cessatore facto dominus caruit. *L. si quis servum, §. ult. L. seq. D. de serv. corr.*

VI. Hæc actio cum damni sarciendi caussa constituta sit, quod ob corruptelam contigit, ut modo diximus, idque damnum sit solius domini in re sua, quin domino constituta sit, dubitari non oportet. Nam nec actio legis Aquiliæ, quæ de aperto damno constituta est, alii quam domino competit. *L. 2. L. item Mela, §. legis, D. ad leg. Aquil.*

VII. Est autem actio solum constituta de servo corrupto. De filio autem filiave familias similiter corruptis nulla nominatim constituta patri. Quippe servus non noster res aliena est, ut qui sit in dominio et patrimonio domini. Ideo si quid hic servo corrupto damni datum est, merito ut rei et patrimonio suo detractum dominus persequitur. Filiusfamilias

etsi

etsi in potestate est, non tamen est in dominio patris, cum sit liber. *L. ut tantum*, §. 1. *D. de serv. corr.* Verumtamen jure Romano propter patriam potestatem sic habetur filiusfamilias, ut quodammodo existimetur esse patris. Unde et vindicari eum posse a patre placuit, dum adjecta caussa ex jure Quiritum, ut est in *L.* 1. §. 1. *D. de rei vind.* Hinc admissa et de filiofamilias adversus eum, qui similiter corruperit, eumve deteriorem fecerit, actio. Sic tamen, ut quæ de servo datur hoc nomine directa, ea de filiofamilias competat utilis; ex sententia scilicet superioris edicti. Actio huc spectans, ut officio judicis æstimetur quanti nostra interest animum liberorum nostrorum non corrumpi. Hoc in *d. L. ut tantum*, §. 1. *D. de ser. corr.* Sed actio, in quam non eadem veniunt per omnia quæ in actionem de servo corrupto. Æstimatio quidem filiifamilias, ut æstimetur quanto minoris esse cœpit propter corruptelam, in hanc actionem non venit, ac nec potest: quia liberum corpus non recipit æstimationem. *L. ult. D. de his qui dejecer. vel effud.* Sed venit reliquum damnum omne, quod pater ob eam caussam passus est, et potest æstimari. In quo hæc sunt; operarum æstimatio filiifamilias opificis, quibus pater prius jure suo utebatur, ac propter filium corruptum uti posse desiit. Item æstimatio earum rerum, quas filius aut dilapidavit, aut fugiens secum abstulit. *d. L. ult. D. de his qui dejec. vel effud.*

CAP.

C A P. XXVII.

De damno dato, quod corruptione corporis contingit: quod vindicatur lege Aquilia: et de arboribus furtim cæsis.

Rei alienæ a corpore corruptæ damnum vindicatur ex L. Aquilia. I.

Etiam datum culpa levissima. II.

Culpa datum intelligitur, quoties probabili atque justa ratione illa non amoveatur. Ratio duplex. III.

1. *Si jure fecit. Quæ id genus facta.* IV.

2. *Si fecit casu, quem culpa nulla præcesserit.* V.

Damno culpa dato reparando datur ex L. Aquilia *actio*, quanti ea res erit. *Quod cujusmodi sit, explicatur.* VI.

Rei occisæ aut vulneratæ datur actio domino directa, si res ea sit in commercio; utilis autem si secus: posterior hæc etiam fructuario et usuario. VII.

Directa datur adversus eum qui occidit, rupitve, aut damni caussam dedit corpore; si alio quolibet facto nocuit, utilis adversus illum. VIII.

Alia quædam pertinere ad L. Aquiliam *quæ, aut ex rebus, aut modo, aut tempore damna ingravescunt; quæ illa: et quid singulare habeat horum persecutio.* IX.

I. A Corpore si res aliena corrumpitur, id damnum est, quod lege Aquilia vindicatur. *L.* 1. *D. ad leg. Aquil. Inst. eod. tit.* in pr. Contingit autem id damnum his rebus, cum aut servus vel aliud animal occiditur, aut cum quidquid est aliarum rerum, uritur, frangitur, rumpitur. Ac de his rebus ea lege cautum est. De interemptione primo capite: de reliquo damno capite tertio. Nam secundum non [1] est in usu. Hæc in *L.* 2. *L. si servus*, §. *hujus*, *D. ad leg. Aquil. Inst. eod.* in pr. et §. *capite.* Ita in summa lex est utroque capite de superiore damno dato. De quo et actio ea lege constituitur. Non tamen simpliciter si quis damnum faxit, ut sunt verba capitis tertii, sed si fecerit injuria. Quæ conditio utroque capite nominatim adjecta est. Unde ubique actio dicta de damno injuria dato, vel de damno injuria, ut subaudiatur dato; ut in *L.* 1. *D. ad leg. Aquil.* Vel actio damni injuriæ, ut non semel legitur in Institutionibus, puta *Inst. eod.* in pr. et §. *in duplum*, §. *sed furti*, *Inst. de act.*

II. Injuria damnum datum sic acceperunt veteres, non jure datum, id est culpa. *L.* 5. §. *injuriam*, *D. ad leg. Aquil.* §. 1. *Inst. eod.* Ut intelligamus non solum eum teneri hac lege ob damnum datum, qui dedit sciens prudens dolo malo; sed et qui per imperitiam aut nihil minus cogitans quam damnum dare, si dedit culpa. Usque adeo, ut placeat eum teneri, qui damnum dedit culpa etiam levissima. Idque est, quod dicitur, in lege Aquilia et levissimam culpam venire. *L. in lege*, 44. *D. ad leg. Aquil.* Ea autem culpa hoc verbo intelligenda est, cum quod a diligente provideri potuit, ne quid damni ex re aliqua accideret, non est provisum. Exstat definitio in *L. si putator*, *D. ad leg. Aquil.* Exempla passim occurrent sub *Tit. ad leg. Aquil. D.* potissimum autem ac velut ex professo colliguntur continenter in *L.* 5. §. *ult.* et *LL.* 6. seqq. *eod. tit.*

III. Illud quæretur, quibus rebus constet et deprehendatur hæc culpa. Brevis et compendiaria ad id consequendum via est, si quæramus, non quæ genera culpæ sint, quod est infiniti laboris, et ad certitudinem docendi proprie inutile, cum quotidie nova facta emergere possint, de quibus dubites an in his culpa admittatur: sed quibus rebus fiat, ne sit culpa. Culpæ admittendæ modi ut dixi, infiniti et incerti: at res quibus culpa

1) Quod id fuerit, qua de re caverit, a multis inquiritur. Cujac. *in Par. D. et C. h. t.* putat id fuisse de intercepta nobis utilitate aliqua. Quod reprobat Freher. 2. *Parerg.* 3. ut et quasdam aliorum conjectationes. Ipse putat cavisse de damno a quadrupede dato, quod pauperis vocatur de qua ait (1) cavisse *L. decemviralem*, ut de quovis alio damno, deinde quod *L. Aquilia* sanxerit de eodem credibile esse, cum 1. caput sit de pecude, servove, qui pecodi exæquatur, occiso, conveniens ut 2. sit de pecude accidente. Abiisse autem in desuetudinem, quia L. Aquilia promiserit actionem de damno injuria dato prudentes vero docebant hanc non esse injuriam, ideoque actionem hanc frequentari desiisse in eo damno, revocata legitima actione ex XII. tabulis. Sed et hæc non immerito displicent Arumæo *ex Justin.* 17. *Th.* 12. *et disp. Pand.* 10. *Th.* 4. *per L.* 1. *h. t.* Nec probabile est decem viros putasse a bruto animali inferri posse injuriam. Quare cum Chifletio eo de servo corrupto actum conjicit arg. *L.* 5. §. 2. *de serr.* Cæterum de hac materia plene a nostro hic non tractata, quia, ut modus sit notatorum, omnia quæ desunt supplere non licet, malo hic nihil quam pauca adnotare, vid. Tractat. illius method. *ad h. tit. C. in op. posth.* P. Theodoric. *Disp. crimin.* 2. *Th.* 12. *et seqq.*

pa amovetur, certæ et finitæ, atque eædem paucæ. Ad has igitur certitudo præceptionis transferenda est. Sic ergo facilis et expedita definitio est, ut statuamus omne damnum datum culpa datum videri, eoque pertinere ad coercitionem legis Aquiliæ, nisi qui damnum dedit justa aliqua ratione defendatur, cur id fecerit. Justa in hac re defensio omnino duplex. Una, si quis quod fecit, jure fecit. Altera, si fecit casu quem nulla facientis culpa præcesserit.

IV. Jure fecisse intelligitur, qui adversus vim ad defensionem sui fecit, cum aliter periculum effugere non posset. Ut si quis aggressorem servum, si taurum irruentem occiderit. Vim vi repellere, omnes leges, omnia jura permittunt. *L.* 4. *L.* 5. *L. scientiam*, §. *si cum aliter*, *D. ad leg. Aquil. L.* 1. §. *vim vi*, *D. de vi*, *L.* 3. *D. de just et jur.* si incendii arcendi gratia vicinas ædes conflagrantes intercidit, dissipavit. *L. si quis fumo*, §. 1. *D. ad leg. Aquil. L.* 3. §. *pen. D. de inc. rui. nauf.* Idem est, si quis furem nocturnum occiderit; aut occiderit interdiu deprehensum, si se telo defendat, quod jure concessum est: utrumque dum modo id ipsum cum clamore testificetur. *d. L.* 4. *ad leg. Aquil.* Sed et magistratus si quid adversus resistentem fecerit violentius, ac propterea quid ruperit, nihil facit injuria, qui facit jure licito, et jure honoris, quem substinet. *L.* 3. *D. quod met. caus. L. injuriarum*, §. 1. *D. de injur.* Ideo nec tenetur lege Aquilia *L. quemadmodum*, §. *ult. D. ad leg. Aquil.*

V. Casus in damno dato ita excusationem habet, si eum nulla facientis culpa præcesserit. Quod duobus modis accidit. Uno, si qui fecit, eum casum prævidere humana providentia non potuit. Altero, si cum posset prævidere, curare non debuit. Fecit casu, quem prævidere non posset, exempli gratia qui ramum ex arbore, aut tegulam e tecto in suum locum privatum dejecit, in quo nesciret, nec posset suspicari quemquam esse, et vel hominem, vel pecudem quæ illic occultabatur; aut temere prætereuntem occidit, vel læsit. *d. L. si putator, D. ad leg. Aquil.* Ut quis casum quem prævidere poterat, curare tamen non debuerit, et si inciderit, sit extra culpam, duobus modis consequitur. Unus est, si cum aliquid dejiceret ex arbore, vel ædibus suis in locum publicum, cum dejicere necesse haberet pro commodo suo, ante proclamaverit itaut is casus evitari posset. *d. L. si putator*, *L. qui foveas*, *ad leg. Aquil.* Alter est, si quis ne proclamavit quidem, cum quid emitteret, sed fecit in eo loco, in quo publice faciendi jus esset, et scirent omnes periculum ibi cavendum esse. Ut, si quis in ludo jaculatorio, cum esset ex iis quibus jaculandi jus erat, sagittam ad scopum sit jaculatus; et casu prætereuntem trajecerit. *L. item si*, 9. §. *ult.* et *L. seq. D. ad leg. Aquil.* §. 1. *Inst. eod.* Nam primum quidem illum qui in suum privatum dejecit, justa ignorantia, et quod in suo fecit, satis defendit. Posteriores non tam sunt extra culpam, quamquam et ipsi culpa vacant, qui et jure suo illa quæ dixi, fecerunt; quam eorum culpa est, qui damnum acceperunt, qui cum periculum præviderent, idque possent evitare, ac deberent, maluerunt se in id conjicere.

VI. Damno ita dato, ut non probetur ab eo qui dedit, culpa abfuisse, constituta est lege Aquilia ea nomine actio in id quanti ea res est, ut verbis utriusque capitis superioris diserte comprehensum est. Hæc verba, quanti ea res erit, sic accepta sunt, non quanti erit ea res, quæ occisa aut deterior facta est: sed quanti id damnum omne, quod ob rem corruptam contingit, sive sit æstimatio rei interemptæ aut deterioris factæ, sive quid aliud extrinsecus, quod propterea vel amissum, vel cum certo quæri posset, quæsitum non est Quod quid sit, et quæ res in eo numerentur exemplis ad eam rem accommodatis explicatur in *L. ait lex*, §. *ult.* et *LL. seqq. D. ad leg. Aquil.* §. *illud non ex verbis*, *Institution. eod.* Sed ad hanc justi damni æstimationem adjecta est pœna lege Aquilia, eaque duplex: in confitentem quidem una: adversus infitiantem autem etiam altera. Nam ut maxime quis actione legis Aquiliæ conventus fateatur damnum a se datum; tamen et primo capite legis, tertia constituitur actio in id, non quanti tunc res erit cum damnum datum est; sed quanti fuit retro versus, aut in eo anno, aut in iis triginta diebus proximis quibus res occisa, aut rupta est. In eo anno, cum servus, aut quadrupes, quæ pecudum numero sit, occisa erit. In diebus triginta, cum aut alia animalia occisa erunt, aut res quævis tantum rupta aut deterior facta. *d. L.* 2. *d. L. si servus*, §. *hujus*, *ad leg. Aquil.* In quo inest aperte hæc pœna, ut si in eo anno, vel in his diebus triginta quadrupes aliquando pluris fuit, puta viginti, deinde deterior facta cœperit valere tantum quinque, sic denique ab aliquo intra id tempus occisa sit; condemnatio adversus eum qui deliquit fiat, non in quinque quanti res tunc fuit, cum

cum occisa est: sed in viginti, quanti plurimi anno vel mense proximo fuerat. *L. ait*, *L. inde*, §. *idem Julianus*, *D. ad leg. Aq.* §. *his autem*, §. *illud palam est*, *Inst. eod.* Atque hæc pœna, ut dixi, etiam in confitentem. Adversus infitiantem autem in duplum actio est. *L.* 2. *L. inde*, §. *hæc actio*, *D. ad leg. Aq.* §. *sed furti*, *Inst. de act.*

VII. Constituta est hæc actio domino, cujus res occisa, aut deterior facta est, ut utroque capite legis expressum est. *D. L.* 2. *d. L. si servus*, §. *hujus*, *L. item*, *Mela* §. *legis*, *ad leg. Aq.* Proinde si res est in commerciis, quanvis in eodem facto duorum intersit damnum datum non esse, ut domini, et ejus cui res commodata, aut pignori data erat: tamen domino soli dabitur actio damni nomine, non ei cujus alioqui damnum datum non esse interest, etsi hoc aliter in actione furti observatur. Quod si res in commerciis non erit, ut si filiusfamilias, aut paterfamilias vulneratus fuerit: cessabit directa actio legis Aquiliæ; quia neque pater filii sui dominus est, neque quisquam sui ipsius. Sed placet hoc casu et ambos utilem actionem habere suo nomine, et patrem ex persona filii, si quod damnum ex ea re passus sit. *L.* 13. *L. qua actione*, in pr. *D. ad leg. Aquil.* In quod judicium veniet non deformitatis æstimatio, cum liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum, quasque amissurus qui esset inutilis factus. *L.* 3. *D. si quadrup. paup. fec. dic. d. L. qua actione*, *D. ad leg. Aquil.* Quod tamen domino soli hanc actionem dari dicimus, si res sit in commerciis, sic accipiemus, ut fructuarius et usuarius contineantur, non ut his detur directa actio legis Aquiliæ, sed utilis, re fructuaria rupta aut occisa. *L. item Mela*, §. *ult.* et *L. seq. D. ad leg. Aquil. L. locum*, §. *ult. D. de usufr.*

VIII. Constituta autem actio est nominatim iisdem capitibus adversus eum qui occidit; rupitve injuria, id est qui damnum dedit. Is enim est qui deliquit, et qui delinquendo se obligavit. Damnum dedisse intelligitur; non tantum qui ipse recte occidit, aut rupit; sed etiam qui hujus damni et corruptionis caussam corpore suo dedit. Veluti si quis in stipulam suam, vel spinam comburendæ ejus caussa ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, cum potuisset præcavere. *L. qui occidit*, §. *ult. D. ad leg. Aquil.* Sed hoc, inquam, quod damni occasionem præbuit, si quis corpore suo fecerit, ut verba legis concepta sunt. Quod si quis neque in re sua, neque in aliena corpore suo quidquam occidit, rupitve: quanvis occasionem alienæ rei interimendæ aut corrumpendæ quovis alio facto dederit, verbis legis non tenetur. Placet tamen adversus eum [2] utilem actionem esse legis Aquiliæ ut de re vere interempta aut corrupta ab eo, qui ejus damni caussam attulit. Veluti si quis pecus alienum ita egerit, et exercuerit vexando, ut rumperetur, aut ut se ex aliquo loco præcipitaret. Hoc in §. *ult.* in fin. *Inst. de leg. Aquil.*

IX. Atque hæc omnium damnorum datorum nomine quæ corruptis rebus contingant, communis obligatio et pœna est. In his singulares quædam sunt, numero quatuor, in quibus pariter quidem damnum datur, ut in cæteris, nec minus damnum datum ad legem Aquiliam pertinet, quam damna cætera: sed in his crescit damni crimen ob certas circumstantias. Quamobrem et in his hoc ipsum damnum majore pœna coercetur. Crescit autem damni dati crimen alias ex rebus, in quibus damnum datur, alias ex modo nocendi; alias ex tempore damni dati. Ex rebus, in arboribus furtim cæsis. Nam cum his vita humana ad innumeros usus carere non possit, hoc accidit incommodum, quod his semel cæsis, aliæ in cæsarum locum aut nunquam, aut non nisi longo post tempore restitui possunt. Hinc ut in graviore delicto arborum furtim cæsarum nomine actio constituta est lege duodecim tabularum in duplum. De qua specie est sub *Tit. D. de arb. furt. cæs.* Actio plane de damno dato: ideoque ex eadem caussa, ex qua actio legis Aquiliæ. Unde et hæ actiones hujus damni nomine concurrunt. *L.* 1. *L.* 5. §. 1. *D. eod. tit.* Sed tamen hujus posterioris pœna in duplum. In quo placet duplari id quod interest domini arbores non lædi. Ipsarumque arborum pretium deduci, ut ejus quod superest, fiat æstimatio. *L. furtum* §. *ult.* et *L. facienda*, *seq. D. eod.* Quæ corpora arborum numero habeantur; quid sit cædere, quid sit furtim, et cur additum, ex eo ipso titulo cognoscendum est, ubi hæc dilucide explicantur. Ex modo nocendi crescit maleficium damni dati, si damnum datum

2) Si tamen in corpus. Quod si neque corpore, neque in corpus, sed alio facto, actio in factum ab utili actione L. Aquiliæ distincta *d.* §. *ult. in fin.* licet Barth. Fajus *in Supplemento ad Connan.* 7. *Com.* 15. *n.* 10. Tribonianum has actiones nullo veterum exemplo distinxisse velit.

tum sit hominibus coactis, ad terrorem videlicet. Qua in specie actio constituta est in quadruplum adversus eos qui id admiserunt: constituta eodem edicto, quo de vi bonorum raptorum cautum est. Exstat edictum, et ejus explicatio in *L.* 2. *D. de vi bon. rapt.* Ex tempore damni dati crescit maleficium duabus in caussis. Una, si damnum datum sit in turba, seu in tumultu. Qua in specie actio constituta est adversus eum qui damnum dedit, in duplum. Exstat hæc pars edicti, et interpretatio in *L.* 4. *D. de vi bon. rapt.* Altera caussa est, si quid damni datum sit ex incendio, ruina, naufragio, nave, rate expugnata. Hæc enim tempora sunt, quibus maxime calamitatem eorum, qui superiora paßi sunt, sublevari oportebat. Quo majus et indignus flagitium est id non facere, sed etiam ex his temporibus captare nocendi et novas calamitates infligendi occasionem. Ideo hoc nomine in eos qui damnum fecerunt actio constituta est in quadruplum. *L.* 1. et toto tit. *D. de inc. ruin. naufr.* ubi et alias pœnas graviores adversus hujusmodi facta constituas legere est.

C A P. XXVIII.

De damnis datis, quæ integris & incorruptis rebus alienis contingunt. Quam varie hæc dentur: & quæ sint eo nomine jure proditæ actiones.

Damnum quod infertur salvis et integris alienis rebus ad exemplum L. Aquiliæ *vindicari. Hujus duplex genus, et quale utrumque.* I.

Primum, et ex quo res integra domino perit, accidit tribus modis, et qui sint. Hi vindicantur actione in factum L. Aquiliæ *subsidiaria.* II.

Secundum ex facto nascitur, ex quo quis in damnum rei familiaris incidit. Hujus generis species quinque. III.

Prima *ejus, qui dolo malo mutandi judicii caussa rem alienavit, et eo deteriorem alterius conditionem fecit.* IV.

Secunda *ejus, qui in libello plus debito complexus est. Actio in hunc tripli constituta.* V.

Tertia *ejus, qui in jus vocatum vi exemit. Quæ hujus damni sarciendi ratio.* VI.

Quarta *ejus, qui dolo fecit quominus quis vocatus se sisteret judicio. Qua actione hinc actoris, et illinc rei damno consultum.* VII.

Quinta *et postrema judicis, qui litem suam fecit. Quando judex litem suam faciat. Quæ in hunc actio sive actori seu reo comparata.* VIII.

Quatenus Judex isto nomine teneatur: interest, an dolo, an per imprudentiam male judicarit. Quid in utroque præstare debeat. IX.

Judex, qui litem suam fecit, obligatur ex maleficio. X.

I. NOn solum damnum tunc est, cum ita imminuitur patrimonium alienum, ut res ipsæ alienæ aut intereant, aut corrumpantur, de quo genere ante diximus, pertinetque aut ad edictum prætoris de servo corrupto aut ad legem Aquiliam: sed etiam cum deminuitur manentibus nihilominus integris et incorruptis alienis rebus: quod genus alterum damni dati initio posuimus. Id autem contingit multis modis, qui et ipsi legibus et jure publico vindicantur. Vindicati in hanc classem omnino referri debent. Hi cum partibus sint plures, ratione ad duo genera recte referuntur. Aut enim aliquid fit in re aliena, quo ea ipsa res abeat a domino suo quanvis integra; ut si quis anulum alienum excusserit de manibus domini, et is deciderit in mare, aut flumen. Aut fit alibi aliquid, unde alius in damnum incidit rei familiaris. Veluti, cum judex male judicavit, ex quo per occasionem reus aut actor litis damnum passus est. Si quid fit in re aliqua, unde ea ipsa pereat domino integra, aperte non pertinet damnum ad legem Aquiliam, qua lege cavetur de eo damno, cum res aut occiditur, aut corrumpitur. Sed tamen facile intellectum est et hoc ex sententia legis esse, ut vindicetur. Est enim et hic damnum non minus, ubi res deperditur domino. Et damnum ejusdem modi. Quid enim refert, quo modo res sua amittatur domino, corrupta, an integra, si ex æquo amittitur? Quod cum intelligerent prætores, quod deerat legi Aquiliæ, id supplerunt, in eamque

que rem proposuerunt actionem in factum accommodatam ad sententiam legis Aquiliæ. Quod utilitas legis postulabat. Sic enim de hac subsidiaria actione in factum scriptum est in *L. quia, D. de præscr. verb.* Idque genus est, quod commemoratur in §. *ult.* in fin. *Inst. de leg. Aquil.*

II. Ut res integra hoc genere damni pereat domino, accidit his fere modis tribus, ex quo totidem sunt species, in quibus ex hac caussa isti actioni locus est. Uno modo, cum quis servum alienum, vel aliud animal compeditum solvit, aut stabulo vel cavea inclusum custodia liberat, quo fit, ut illud se proripiat a domino, atque ita domino amittatur. De qua specie est in *d.* §. *ult.* in fin. *Inst. de leg. Aquil. L. in laqueum*, in fin. *D. de acq. rer. dom.* Altero modo, cum quis fecit, ut res aliena auferretur domino externa aliqua vi, puta maris, aut fluminis, aut raptoris. Veluti, si quis alicui vas aut anulum excussit, qui in mare aut flumen decideret. De qua specie est [1] actio in factum in *L. duo, D. de præscr. verb. L. d. in laqueum*, in fin. *D. de acq. rer. dom.* aut si quis domino rem suam excussit per lasciviam quam alius rapuit: fugavit ejus pecora, quæ alius excepit: illi rem suam tollere volenti per lasciviam obstitit, et alius abstulit. Quibus casibus in factum datur actio in §. *interdum quoque, Institution. de obligat. quæ ex del. nasc.* Tertio modo, cum rem alienam quis ita adjungit suæ, ut cohæreat, eique aliena cedat per prævalentiam, sic ut nec a vetere domino possit vindicari, nec de ea ad exhibendam agi, ut separetur, quod quando accidat, in acquirendis dominiis diximus. Hic apparet rem adjunctam non minus integram manere, quam ante; perire tamen domino, cujus ille dominus esse desiit vindicandi jure amisso. Sed qui rem nunc vindicare non potest, eum placuit de ea re in factum posse agere adversus eum, qui rem suæ junctam habet, quia ea adjunctione, aut juncti retentione ejus rei damnum detur. Sic est hæc actio de hac specie in *L. in rem*, §. *item quæcumque*, vers. *ideoque, D. de rei vind.* In quibus omnibus tum caussis, tum locis cum actionem istam in factum dari legimus: nempe hanc ipsam in factum subsidiariam legis Aquiliæ intelligere debemus, de qua est in *d. L. quia, D. de præscr. verb.* Quæ ergo ista est actio? quæret aliquis. Et cum in rem non sit, ut quæ non detur domino: necesse est esse in personam, ut est omnino, §. 1. *Inst. de act. L. actionum, D. de obl. et act.* Adversus eum igitur qui nobis obligatus est, ut est natura actionum in personam, *d. L. actionum.* Unde ergo obligatio, quam ex una aliqua ex illis quatuor summis nasci oportet? Ex maleficio videlicet. At quo maleficio? damno culpa dato, quod is dedit, qui amittendæ alienæ rei caussam præbuit. Omnis enim alieni patrimonii deminutio quæ nullius lucri faciendi caussa contigit, damnum est, ut supra definivimus.

III. Alterum genus est damni dati, quod incorruptis rebus alienis contingit, cum aliquid fit in re aliqua, unde quis non in ea re, sed extra eam rem, eo facto tamen, in damnum rei suæ familiaris incidit, dum aut per eam occasionem rem suam aliquam amittit, aut de suo aliquid dependere cogitur. Quod genus damni incidere solet in litibus per occasionem futuræ, aut susceptæ litis, inferturque aut ab actore, aut ab extraneo litis caussa, aut a judice. Ad hoc genus quinque species pertinere animadverto; de quibus partim edictis, partim constitutionibus cautum est, et ut de damno alii illato actiones propriæ constitutæ.

IV. Prima species est in eo, qui in re aliqua, quam possidet, alium sibi adversarium, ejusque controversiam metuens, dolo malo mutandi judicii caussa rem alienavit, qua ex re duriorem conditionem ei constituit, Actio constituta in id quod agentis interest alium adversarium non habuisse: id est in damnum rei familiaris, quod ex ea alienatione contigit. [2] *L. 1. L. 4.* §. *ult. D. de al. jud. mut. cau. fac.* Actio ex delicto, quia ex damno dato. *L. quia*, 7. *D. eod.* In quo apparet aliquid factum in alia re, et ea integra, quo facto adversarius in re sua damnum passus est. Actio alienationem exigit. Quo verbo quid contineatur, cognosce ex *L.* 4. §. *Pedius*, *L.* 8. §. 1. *D. eod.* Exigit alienationem quæ fiat dolo malo simul et judicii mutandi caussa *L.* 1. *eod.* et hoc quid sit declaratur

in

1) *L.* 27. §. 21. *ad L. Aquil. L.* 14. §. 2. *de præscr. verb.* ubi quod negatur in *d.* §. 2. damni injuriæ actio dari, intellige de directa, ne obstet *d.* §. 21. ubi datur utilis, vid. Gœd *ad. L.* 6. §. 1. *de V. S. n.* 20. ubi et actionem hanc in factum esse utilem legis Aquiliæ statuit, sed quæ nec ex verbis, nec ex mente legis, sed illius occasione, ope Prætoris, supplentis id quod legi deerat, inducta, vid. *C. præced. N.* 2.

2) Pertinet id edictum ad futura judicia. Post litem enim motam rei alienatio ipso jure irrita Wes. *in Par. du. t. n.* 3. Et pertinet ad vindicationes, actiones in rem scriptas, et mistas. Non ad personales, quia non potest invito creditore alius debitor substitui. *L.* 1. *C. de novat.* Cujac. 10. *Obs.* 3. Quia tamen eidem locus opposito duriore actore *L. ult. d. t.* quærit Cujacius quid juris si invito debitore creditor alteri actionem cesserit. Putat autem vel actionem ipsam vel certe privilegium fori seu aliud jus si quod ex persona sua habeat cessionarius; denegari, ut perinde sit ac si judicium esset cum cedente. add. Vital. 1. *Var. Lect.* 17. *n.* 3.

in *L.* 4. §. 1. *L.* 9. *L.* 10. *eod.* Exigit præterea duriorem conditionem adversarii. Quod quomodo fiat, partibus suis explicatur in *L.* 1. in fin. *L.* 2. 3. *eod.*

V. Secunda species est in eo, qui adversarium in jus vocaturus, et libellum actionis editurus, ut jus jubet, complexus est libello conventionis majorem quantitatem, quam sibi debebatur. Moris erat, ut apparitores, per quos hæc vocatio transigitur, exigerent sportulas, id est operæ suæ salarium, non ab actore, qui opera apparitoris in hac re utebatur; sed a reo, qui conveniebatur. Exigerent autem pro modo et portione quantitatis libello comprehensæ: ut in majore summa petita necesse esset majores fieri sportulas. Hinc damnum manifestum rei in hac specie, ubi pro ea quantitate quam non debuit, sportulas pendere cogitur. Quod actor majorem quantitatem petiit, fecit in re sua, id est in caussa et libello suo. At hinc damnum rei familiaris reo. Et hinc scilicet proposita actio reo adversus actorem, qui unus damni occasionem dedit. Actio in triplum ejus summæ, quam ultra quam oportebat, a reo depensa est. Proponitur hæc actio in §. *tripli*, *Inst. de act.*

VI. Tertia species est in eo, qui eum qui [3] in jus vocatus est, vi exemit. De qua specie est edictum prætoris sub *Tit. Ne quis eum qui in jus vocatus est, vi exim. Digest.* Damni hoc facto dati occasio hæc est. Erat hoc in more veterum judiciorum apud Romanos, ut qui in jus ab adversario vocatus erat, satisdare deberet se judicio stiturum in eum diem: de quo inter litigatores convenisset. Ni faceret, in jus ire cogeretur, quam ad rem ab actore duci poterat. De quo dicetur suo loco. Indicat *Tit. D. in jus vocati ut eant, vel satis vel cautum dent.* Ut autem id agebant Prætores, ut qui vocatus erat, ductus in jus veniret: ita cavebant, ne quid in ea re esset impedimenti: inter cætera, ne qui vocatus est, vi eximeretur. Quam ob caussam adversus eum qui vi exemisset, actionem proposuerunt, si quod ea exemptionem actori damnum datum esset. Damnum autem hoc esse potuit. Si reus ductus in jus veniat, ubi apud magistratum cogitur respondere et litem contestari: litis contestatæ commoda hæc sunt actori. Si res ejus usucapiebatur, quam vindicare voluit, litis contestatione interrumpitur usucapio effectu juris. *L. nemo*, *C. de acq. pos. L. si post*, *D. de rei vind.* Si actio in personam fuit, et temporalis: consequitur actor litis contestatione, ut fiat actio perpetua *L. ult.* in fin. *D. de fidejus. tut.* Lite autem non contestata, quod fit, cum reus vi exemptus copiam secum agendi non fecit, contraria sunt actori incommoda. Amittit rem suam impleta usucapione, quæ litis contestatione interrumpi poterat; amittit et temporalem actionem, cujus dies exiit. Atque hujus damni nomine actio constituta est edicto adversus eum qui vi exemisset. *L.* 4. *D. ne quis eum.* Cujus actionis mentio est in §. *pœnales*, *Inst. de act.* non simpliciter, quanti ea res est, id est quantum damnum actori datum: sed quanti ea res est ab actore [4] æstimata, de qua controversia est. Additum, inquit Ulpianus, ut appareat etiam si calumniator quis sit tamen hanc pœnam eum persequi. Hoc in *L. pen.* in pr. *D. ne quis eum.* Cætera ad edictum pertinentia ex eo titulo recte petentur. Unde igitur hæc actio in personam? Constat esse ex obligatione; obligationem autem apparet esse ex delicto: et ita hæc exemptio nominatur in *L.* 2. *D. ne quis eum.* Ejusque rei non dubium argumentum est, quod si servus vi quem exemerit, placet ejus facti nomine noxalem actionem esse adversus dominum. *L.* 1. *D. ne quis eum.* Non est autem noxalis actio, nisi ex maleficio servi. *Inst. de nox. act.* in pr.

VII. Quarta species affinis superiori est in eo, cujus dolo malo factum est, quominus quis in jus vocatus judicio sistat. De qua specie cautum est ea parte edicti, quæ explicatur sub *titulo D. de eo per quem factum erit, quominus quis in judicio sistat.* Ac quomodo id fiat, declaratur in *L.* 1. *eod. tit.* Hoc factum damnum adferre potest et actori, et reo. Actori illud, de quo in superiore specie diximus, ut scilicet quia non potuit litem cum adversario contestari, qui in jus non venit, vel rem suam amiserit usucapione ab adversario impleta, vel ei dies actionis ejus quæ temporalis erat, exierit. Hinc actori ex eo edicto adversus eum, cujus dolo factum est, quominus reus se sisteret, in factum actio quanti actoris interfuit. In quod judicium su-

id

3) Non si ad judicem pedaneum *L.* 3. §. 1. *d. t.* quia tunc id incommodum metui nequit, ne res usucapiatur, si jam lis apud Prætorem in jure contestata. Nec recte Rævar. 3. *Con.* 10. intelligit, non judicem datum, sed minores magistratus ut quæstores, qui in subselliis considentes minora judicia exercebant, sed nec vocationem, nec prehensionem habebant, Agell. 13. *Noct.* 10. *et seq.*

4) Non jurejurando in litem, ut Bart. Bald. Alex. Jas. ref. Duar. *de in lit. Jur. n.* 8. sed sensus hic: Non ad id quod vere debetur actori ab exempto, condemnatur qui exemit, sed ad eam summam quæ ab actore in libello petita, licet exemptus forte non debuerit. Duar. *d. lo.* Nec igitur est quod A. Fab. ad *d. L.* 5. §. 1. verba *ab actore æstimata* a lege resecet, quia inauditum sit calumniatori, de quo ibi agitur, deferri jusjurandum in litem.

perius illud damnum deducitur. *L. ult.* in pr. *eod. tit.* Reo autem ex hujusmodi facto id damni esse potest, quod si pœnam prius promiserit, nisi certo die sisteret, fit superiore impedimento, ut pœna adversus eum committatur, quia non stetit. Hanc pœnam etsi potuit non præstare opposita doli mali exceptione, ubi per vim retentus est: placet tamen si omissa exceptione pœnam ultro præstiterit, posse eum adversus eum a quo retentus est, propositam actionem exercere. *L.* 1. §. [5] *si reus, D. eod. tit.* Hæc actio cum sit ex damno dato et quidem dolo malo, non dubium, quin sit ex delicto. Unde etsi dolo malo servi sine voluntate domini factum sit, quominus quis judicio sisteret, placet similiter ut ex superiore noxalem actionem adversus dominum dandum. *L.* 2. *D. eod. tit.* quod certe non fieret, nisi esset hæc actio ex maleficio servi. *tit. de nox. act.* in pr. *Inst.*

VIII. Quinta species et postrema hujus posterioris generis damni dati est in eo judice, qui litem suam fecit. Nam et hic obligationem ex delicto, nasci, non ex quasi delicto non dubito. De quo postea. Ante de facto et genere obligationis videndum est. De quo sive constitutionibus, sive edicto, sive moribus ita jus obtinuit, ut judex qui litem suam fecit sive dolo, sive per imperitiam, teneatur litigatori sententia læso, ut ei damnum præstet. Interdum solidum, interdum ex parte. Est autem de hac specie in *L. ult. D. de extraord. cognit. Inst. de obl. quæ ex quas. del. L.* 5. §. *si judex*, *D. de obl. et act. L. filiusfamilias*, 15. *D. de jud.* Judex tunc litem suam facere dicitur, cum male judicavit, non solum cum sententiam dixit dolo malo in fraudem legis, dum ejus arguitur evidens vel gratia vel inimicitia, vel sordes: de quo constat et diserte scriptum est in *d. L. filiusfamilias*, *de jud.* sed etiam cum male judicavit per imperitiam adversus manifestas leges aut constitutiones, aut alioqui jus apertum nec controversum. Nusquam hoc quidem definitur aperte. Nam in *d. L. ult. D. de extraord. cognit. L.* 5. §. *si judex*, *de obl. et act. Inst. de obl. quæ ex quas. del.* una hæc definitio est, eum judicem qui litem suam fecit obligari, licet peccarit per imprudentiam; neque explicatur qua in re sit hoc peccatum, quo judex per imprudentiam litem suam faciat. Sed hoc ipso quod nominatur peccatum et imprudentia judicis, satis intelligitur id peccatum et eam imprudentiam dici, qua judex peccat ut judex. Quod fit judicando, neque id quovis modo: sed male judicando. Neque enim quisquam peccat bene judicando, sed male; et qui jus sequitur, is prudenter judicat, non imperite. Et sane absurdum esset dicere judicem teneri, qui bene judicavit, cum neque damnum det litigatoribus, qui bene judicando jus suum his tribuit: et si daret, tamen non possit dici dare injuria, qui jure publico utitur. *L. injuriarum*, §. 1. *D. de injur.* Neque porro is teneri debet qui damnum alteri non dedit; aut non dedit injuria, ut in lege Aquilia intellectum est. Restat igitur, quod dixi, ut eum judicem litem suam facere intelligamus, qui male judicavit sive dolo, sive per imprudentim. Qui autem ita judicavit, ideo dicitur a veteribus litem suam facere, quia litis periculo se [6] obstringit judicando. Isto enim modo lis et res ejus propria fieri intelligitur, siquidem rem propriam cujusque recte definivimus, cujus commodum aut incommodum ad aliquem suo nomine pertinet *L.* 1. §. *in propria.* Quod autem Budæus in *Annot. ad Pandectas* judicem litem suam facere interpretatur, cum ita judicat, ut non alienam caussam videatur agere, sed suam: etsi interdum ita accipitur apud probatos auctores, tamen huic loco et huic obligationi non convenit. Nam et in bona caussa eodem modo se gerere judex potest, ut in sua, et quidem ita ut secundum eum cujus ita caussa est, judicet. Neque tamen qui ita judicat, litem suam facit, ut nunc loquimur. Nihil enim hic peccat, nec eo nomine judex cuiquam obligatur. Sed et judex qui per imperitiam male judicavit, isto sensu non satis apte dici possit litem suam fecisse. Neque enim consulto se in ea caussa ita gessit, ut in sua faceret suæ favens, cum potius ita judicarit, quia jure se cogi existimabat. Et tamen hunc litem suam facere, et hac de caussa teneri dicimus. Nihil igitur dubii est quin hic dicatur judex litem suam facere, qui vere eam suam facit, quod fit periculum litis in se suscipiendo; suscipit autem, qui male judicat. Adversus eum judicem, qui id fecit, constituta est actio iis qui ea sententia læsi

sunt

5) Non hæc *d.* §. sententia, quasi ab alio impeditus se sistere, habeat doli exceptionem pœna ab auctore petita, ac ita demum hanc actionem contra eum, qui impedit, si exeeptionem non objecit. Sed, ut verba ostendunt illa; Si ipse actor, qui idem pœnam stipulatus, fecit quo minus sisteret reus; petitio ejus doli exceptione removetur. Quod si alius fecit, actione proposita recipere id reum ab eo qui impediit, quod pœnæ nomine ipsi necessario, sine exceptione præstandum.

6) Ita Vaud. 1. 1. Q. 10. Tenetur sufferre litis æstimationem in solidum, conditioni litigatoris se obstringit, ipsius lis fit, ipsi lis petit.

sunt. Puta actori, si reus injuste absolutus est: reo, si est injuria condemnatus. Etsi enim de his nihil adjicitur superioribus locis, quibus de hac specie cautum est: tamen ex fine actionis satis intelligitur. Comparata est enim hæc actio ejus damni sarciendi caussa, quod sententia datum est. Neque porro aliis sarciri potest, quam quibus datum est.

IX. Quatenus teneatur judex hoc nomine videndum est. Nam in *L. ult. D. de extra-ord. cognit. et* in pr. *tit. de obl. quæ quas. ex del.* Quibus locis in hac specie actio ob imperitiam judicis constituitur, nihil amplius est, quam eum judicem, qui peccavit male judicando, in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam substinere. Quantum est ergo illud, quod æquum judicanti in hac re videri debeat? Et hic multum interest, dolo ne malo judex male judicaverit, an per imperitiam. Si dolo, ut evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel sordes: veram æstimationem litis amissæ præstare 7) cogitur. Quod quidem diserte cautum est in *L. filiusfamilias*, in fin. *D. de jud. L. 2. C. de pœn. judic. qui mal. jud.* Si per imperitiam, interdum tenebitur judex, interdum non tenebitur, quia ita statui æquum est. Si judex habuit assessores, quorum de sententia male judicavit, venia dignus est. Est enim nonnullæ necessitatis sequi plurium sententias. Alioqui frustra ei adsessores dati sint. Nunc autem non frustra, ut de quorum officio et persona videamus diligenter jus constitutum. *Tit. de offic. asses. Digest. et Tit. de assess. Cod.* Quod si ipse solus judicium animi sui secutus sententiam dixit contra leges, quanvis per imperitiam fecerit, deliquit tamen. Hoc enim ipsum culpa est id suscipere quemquam, in quo intelligat, aut intelligere debeat imperitiam suam alii periculosam futuram. *L. idem*, 8. *D. ad leg. Aquil.* Quæ si in privatis culpa reprehendenda est, in judice est intollerabilis. Privati enim imperitia pertinet ad unum et paucos. Judicis imperitia ad omnes, ut qui datus sit in civitate, qui de omnium civium caussis cognosceret. Sed et in judice eo minus ferenda, quod is ut artifex, et consultus juris ad id munus accedens de peritia sua in jure dicundo profiteri videtur, *arg. in L. si quis*, 9. §. *Celsus*, *D. loc.* Non continuo tamen ob hanc culpam, a qua dolus absit, judex in solida æstimatione damni tenetur. Aperte enim hic distinguitur ab eo, qui dolo male judicavit. Quatenus igitur eum teneri dicemus, et quantum id æquum statuemus? Id mihi recte sumi posse videtur ex *d. L. filius-familias*, in pr. ubi Ulpianus de filiofamilias judice scribens, ait eum si litem suam faciat, in tantam quantitatem teneri, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat. Non loqui eum de eo, qui dolo malo judicavit, quanvis hic maxime litem suam faciat, sequentia ejus loci ostendunt. Subjicit enim statim, istum in veram æstimationem litis teneri. Sentit igitur de eo, qui litem suam fecit absque dolo malo, per imperitiam scilicet et imprudentiam male judicando. Quid est autem filiumfamilias judicem in tantum pecuniam condemnari, quantam in peculio habuit? Nihil aliud, quam eum condemnari in tantam quantitatem, quantam habuit in patrimonio. Nam peculium est patrimonium filiifamilias, §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Id de judice filiofamilias dictum, etiam de patrefamilias judice dictum intelligendum est. Non enim ex omnibus caussis aliter obligatur filiusfamilias, quam paterfamilias. *L. filiusfamilias*, *D. de obl. et act. L. tam ex contractibus*, *D. de jud.* Quapropter et de patrefamilias judice hæc erit sententia, si is per imprudentiam litem suam fecerit, teneri eum in tantam quantitatem, quæ tunc in patrimonio ejus fuit, cum judicavit. Cur igitur non id aperte et generaliter definivit Ulpianus de omni judice, qui litem suam fecit? cur potius dixit de filiofamilias, et ejus peculio, quam de patrefamilias, et ejus patrimonio? Quia in filiofamilias potuit dubitari, an teneri hic deberet etiam usque ad quantitatem peculii: cum si de peculio profecticio agitur: vere jure civili id sit patris, non filii, §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Sed placet ad damnum sarciendum, quod ille dedit, potius hic spectandum jus gentium; cumque ex hoc jure peculium quodvis sit veluti patrimonium filiifamilias, *d.* §. *actiones autem*, *de act.* Idcirco et ex hoc tanquam ex patrimonio ejus, quid hic præstare debeat, esse æstimandum. Non sane ut præstet damnum de peculio quod ejus non est, quale est profecticium: sed aut de peculio quasi castrensi, quod illi ex opera publica acquiritur, aut ex adventicio, quod item proprium est ejus ex constitutionibus; aut si horum nullum habet, sed tantum profecticium, præstet de bonis suis, si quando vel alia peculia, vel sui juris factus vere patri-

7) Vid. *infra Lib.* 28. *C.* 2. *ibique notata.*

trimonium habere cœperit. Et præstet ad eam quantitatem, quæ fuit in Peculio ejus, cum male judicavit.

X. Quæretur, qua ex caussa sit hæc obligatio, quando ad unam aliquam ex quatuor summis propositis referri eam oportet. Res expedita, si quod de hoc genere ex Cajo tot locis relatum est, sequimur. Ille enim diserte scribit non esse ex maleficio: sed quia judex hic peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, videri eum quasi ex maleficio teneri. Hoc in *L. ult. de extr. cognit L.* 5. §. *si judex*, *de obligat. et action.* quod et in Institutionibus relatum est totidem verbis *Tit. de obligat. quæ ex quas. del.* in princ. In quo si de jure quereretur, nihil adderem. Intelligerem enim, quod juris esset, id esse sequendum. *L.* 1. *L.* 2. *D. de legib.* Nunc autem utrum dicamus hic judicem ex maleficio obligari, an ex quasi maleficio, ad jus nihil interest. Utrumvis enim dixerimus, semper hinc eadem obligatio, et eadem necessitas præstationis futura est. De nomine tantum facti quæritur, quomodo in proposita specie factum judicis vocemus, maleficium an quasi maleficium; delictum, an quasi delictum. In quo si verum amamus, fatendum est hic obligationem ex maleficio et delicto nasci, non ex quasi maleficio, aut quasi delicto. Mihi quidem omnino ita videtur: quæ mihi caussa fuit istam speciem huic generi subjiciendi. Nec alio auctore libentius in hac re utemur, quam eodem ipso Cajo, qui maleficii genera hæc posuit, furtum, rapinam, damnum injuriam. *L.* 4. *D. de obl. et act.* Est igitur auctore Cajo maleficium damnum injuria datum; et actio legis Aquiliæ de damno injuria dato illi ex maleficio est. At judex qui male judicavit, damnum dedit injuria. Fecit enim iniqua sententia; ut alterutro vel actor vel reus litis damno afficeretur. Quare et hoc ejus factum maleficium et delictum est non minus, quam id quod vindicatur lege Aquilia. Nihil ad rem pertinet, si peccavit judex per imprudentiam. Nam et hæc ipsa [8] imprudentia culpa est: injuria est, quæ non minus vindicatur eadem illa lege Aquilia; et cum vindicatur, non minus dicitur actio nasci ex maleficio. *L.* 5. §. *injuriam*, *L. idem*, 8. *D. ad leg. Aquil.* Quod si imperitia in privatis culpa est, et cum per imperitiam quid ab his peccatur in res alienas, est delictum: quanto major est hæc culpa, et gravius delictum in judice, quem ut virum bonum, et ad jus dicendum publice constitutum minime omnium, injuriam facere oportebat? Quid ni vero peccatum istud per ignorantiam delictum vocemus? Nam et ita Papinianus nominat legem definiens in *L.* 1. *D. de legib.* qui hanc inter cætera esse dicit delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitionem. Postremo absurdum sit dici eum judicem non teneri ex delicto, qui corruptus dolo malo judicavit. Est enim hic dolus præsertim in judice et delictum manifestum, et ingens. Ita saltem hactenus non sit hic obligatio ex quasi maleficio, sed vere ex maleficio. Ut saltem eatenus distinctam caussam hujus obligationis oportuerit. Atqui hoc admisso, consequens fuit dici, etiam eum qui per imperitiam male judicavit, ex maleficio teneri. Nam, ut ante dixi, non eo minus delictum est in lege Aquilia, quod quis non dolo, sed culpa tantum etiam levissima damnum dedit. Sed hæc mea de nomine tantum et collatione hujus facti ratio est. In qua si cui aliter videtur, sciat in eo nullum dispendium juris futurum.

CAP.

8) Quo facit quod medicus imperite secando servum interimens actione L. Aquil. tenetur *L.* 7. *in fin. d.* §. 1. *præterea* 6. *Inst. ad L. Aq.* Quod ipsum Hotom. ad *d.* §. *præterea*, objicit; ita tamen ut contrario errore contendat, nec medici imperitiam verum delictum efficere cum judicis imprudentia id non efficiat. Sed ratio diversitatis a Vult. *in pr. Inst. d. t.* quia judex nec corpore nec in corpus damnum dat, nec artis suæ peritiam æque profitetur, cum sæpe invitus judicet. Et Rain. Cors. 1. *Indag.* 24. *d. pr. Inst. etc.* loqui de solis pecuniariis caussis; litis enim vox significat actionem civilem *L.* 37. *de V. S.* ubi si per imprudentiam judex jus alicujus læserit, quod non sit verum maleficium, apparere, ait, ex enumeratione specierum. Neque enim in corpus offendit. Verum autem delictum esse, si per imperitiam morte insontem damnaverit, ubi vult Corsus eadem pœna plecti debere judicem, quod vix admittendum. Nec etiam medici pœna supplicium est, si ex culpa sine dolo ægrotus periit. Hartm. *Lib.* 2. *Obs. in Miscell. Obs* 19. Menoc. *Cas.* 581. vid. P. Heig. *P.* 2. *Q.* 26. *n.* 45. *et seqq.*

CAP. XXIX.

De alieni subtractione: et quam varie aliena subtrahantur.

Superioris doctrinæ summa et transitio. I. *Alieni subtractio quid. Duo hujus maleficii genera, et quæ.* II. *Prioris generis partitio, et aditus ad seqq.* Capita. III.

I. DE damno injuria dato hactenus. In quo fuit id quod primo loco posui, detrahendi alteri, deminuendique patrimonii alieni genus. Ex quo intellectum est, quam varie inferatur damnum, et quam coerceatur varie, uti quæque res esse visa fuit. In omnibus autem hujus generis partibus communem hanc summam esse; omnem qui damnum dedit injuria, eo facto obligari: teneri ei, cui damnum datum est. Obligationem ut minimum esse de eo, quod eo facto amissum est. Proinde si quis de eo solum laboret, non esse admodum alia divisione opus, dum constet id damnum esse, ut quod vindicetur jure civili. Certo enim de singulis paratam esse actionem qua id consequatur: si quid quærat amplius, ex singulis generibus superioribus statui posse. Erat alterum nocendi, deminuendique alieni patrimonii genus, alieni subtractio. Sic enim docendi caussa visum est appellare.

II. Ea est, cum imminuimus alienum patrimonium lucri nostri caussa, id est ita, ut quod inde detractum est, ad nos transferamus. Alieni subtrahendi rationes item duæ sunt, totidemque maleficii genera huic summa subjecta. Aut enim adimimus nos aliis invitis, quod ad nos revocemus: aut dominum, ut velit ipse in nos conferre, quod non oportuit, malis artibus inducimus. Prioris generis factum amotionem vocemus, licet: posterioris malitiosam inductionem.

III. Adimimus, auferimusque alteri alias rem ipsam, alias re apud ipsum manente, ea re libere utendi facultatem. Rem ipsam aut clam, aut vi aperta. Si clam; in cæteris personis furtum: in uxore res mariti, in viro res uxoris auferente rerum amotio molliore vocabulo appellatur. *L.* 1. *D. de furt. L.* 1. *D. rer. amot.* Si aperta vi; in rebus mobilibus rapina est: in rebus soli dejectio de possessione. Quæ et singula vindicata sunt legibus, deque singulis actiones et pœnæ constitutæ. De quibus breviter et ordine cognoscendum est.

CAP. XXX.

De furto, et rebus amotis.

Furtum quid sit. I.
Tria in eo spectari. 1. *Contrectationem.* (*hujus vis et effecta.*) II.
2. *Eamque fraudolosam. Talis efficitur quatuor rebus.* III.
1. *Cum quis contrectat alienam rem. Alienum quo sensu hic accipiatur.* IV.
2. *Cum sciens alienam contrectat.* V.
3. *Cum id facit invito domino. Species una excipitur, et quæ.* VI.
4. *Cum invito domino id quoque facere se intelligit.* VII.
3. *Contrectationem cum animo lucri faciendi sive rem, sive usum, sive possessionem.* VIII.
Actiones furtivæ rei domino proditæ; Vindicatio ad exhibendum, et condictio furtiva. IX.
Exceptio. XIV.
Duo priores ex jure dominii non ex furto nascuntur. Quid sint obiter. X.
Condictio furtiva proprie ex delicto. XI.
Datur rei surreptæ domino ejusque heredi. XII.
Adversus furem, ejusque heredes: a rei vindicatione quatenus differat. XIII. XII.
Furti coercendi gratia prodita criminalis et civilis actio. Civilis, quæ et furti actio, nostra; habet hæc privatam pœnam. XV.
Pœna furti privata dupli est, aut quadrupli. Hoc quale sit explicatur. XVI.
Item ex damnatione infamia. XVII.
Furti actio domino competit, et aliis quorum interfuit rem non surripi. Qui sint; et quatenus iis competat. XVIII.
Datur adversus furem, et illos qui opem simul et consilium dedere. XIX.
Item adversus nautas, caupones, stabularios; et quatenus. XX.
Excipiuntur servi et filiifamilias. Hi quoad bona profectitia: illi per omnia. XXI.
Præterquam in furto facto hereditati in qua jussi sunt esse liberi ex testamento. XXII.
Item vir et uxor excipiuntur in his quæ alter alteri amoverit constante matrimonio; et qua hi actione alia teneantur; et quatenus. XXIII. XXIV.

I. Furtum [1] ita definitur, contrectatio fraudolosa lucri faciendi caussa vel ipsius rei, vel usus ejus, possessionisve. Exstat hæc definitio in *L.* 1. *D. de furt.* §. 1. *Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Nam illa verba, quæ utroque in loco adduntur, quod jure naturali prohibitum est admittere, non [2] sunt verba definitionis. Ad juris enim quæstionem pertinet quærere, furtum quale factum sit, quove jure habendum. Id quod explicatur superio-

1) Ad hoc caput præstaret nihil quam pauca adnotari. Sentio me copia dicendorum obrui et libri molem præter opinionem excrevisse. Nihil itaque hic referrem, nisi me huc remisisse *supra Lib.* 6. *Cap.* 2. *N.* 6. *in fin.* recordarer. Quia igitur ex multis quæ fertili hac, feraci furum ævo materia nostri tractant, quorundam selectio difficilis; potissime quædam quæ cum principalium studiorum quandoque satias oborta, ad alios auctores reficiendi animi caussa divertens, ex iis collegi; Minus ea in vulgus nota sed amœniora, quam usus majoris. Furti quatuor etymologiæ referuntur §. 2. *I. de Obl. ex d. L.* 1. *pr. h. t.* E quibus licet Alciato 1. *Disp.* 10. et A. Agustino 4. *Emend.* 4. arrideat notatio a ferendo, utraque Græca et Latina lingua, Labeonis tamen derivatio magis placet a furvo, quod veteres Romani furvum atrum appellaverint. Unde furvæ hostiæ, Horat. et furva sepia: Pers. et Auson. Angel. Politian. *Misc. Ca.* 39. et furvarum vestium puella, Hieron. quæ castitatem profiteretur, Jac. Durant. Casell. 2. *Variar. C.* 20. Nam et ea Varroni probata, Agell. 1. *Noct.* 18. et Servio *in* 9. *Æn.* ac formæ rei magis convenit, cum per noctem quæ atra est, plerumque fiat, aut clam et obscure *d.* §. 2. *d. L.* 1. *pr.* et omni vocis acceptioni accommoda. Furtum enim non ablata res solum, sed etiam quicquid occulte geritur, auctoritate veterum dici solet, ait Non. Mercell. *de Propriet. serm.* ut insidiæ clam structæ; sic furta belli, Salust. *Lib.* 1. Virg. 1. *Æn.* fur flagitii, Plaut. *Amphitr.* Et calliditas occulta, Plaut. *Bacchid.* 1. *Sc.* 2. *in fin. Fecisti furtum malum cum isthæc me celavisti* etc. Sic furtivos amores, congressus etc. usurpari legimus ac furtivas litterarum notas. Jo. Bapt. Porta *de Occult. litt. notis Cap.* 1. *et* 2. item arbores furtim cæsas, vid. *supra C.* 26. *in fin.* Et licet Græca vox videatur cum φῶρες, et fures una litterula distent, tamen et Varro agrum et aprum et alia a Latino trahit. Et Ambrosius antrum ab obscuritate deducit quasi atrum, Ptolemæ Flac. *Conjectan. C.* 94.

2) Ita et Hotom. 1. *Obs.* 20. nec ideo tamen, ceu otiosa, rejicienda scribens. Furtum igitur vere turpe et ignominiosum etiam jure naturæ, nec illicitum tantum, non autem probosum, ceu sentit Alc. in *L.* 42. *de V. S.* cum imo dominiorum distinctionem, quæ juris naturæ est, turbet; et jurisgentium præcepta, de suo cuique tribuendo nec lucro ex alterius jactura captando, violet, Brechæ ad *d. L.* 42. vid. Forner. et Gœd. *ibi* Ant. Guib. *Polyhst. C.* 18. Forcat. *Necyom. Dial.* 29. *n.* 9. Nam quod olim Lacones et Ægyptios impunita furta reli-

re adjectione, cum respondetur, factum esse improbandum, et quod jure etiam gentium prohibitum sit admittere. Ita ad juris quæstionem ea verba pertinent. Proinde non ad definitionem. Scimus enim longe distinctas quæstiones esse has, cum quæritur, quid sit res, et qualis sit. Quarum prior definitione, altera juris constitutione explicatur.

II. Ergo furtum tria constituunt; ex quibus junctis conficitur superior definitio: [3] contrectatio rei et ea fraudulosa, et quæ instituatur lucri faciendi gratia, lucri, inquam, vel rei, vel usus, vel possessionis. Furtum contrectatio est: id eam vim habere intelligitur, ut neque furtum faciat qui rem non contrectat, et e converso si quis rem contrectet, is statim furtum faciat. Utrumque verum est. Prius intelligitur in eo, cujus ope et consilio furtum factum est. Hunc constat furti teneri æque atque furem. §. *interdum quoque, Inst. de obl. quæ ex del.* Et tamen neque furtum facit, neque ut fur tenetur condictione furtiva. *L. proinde, D. de cond. furt.* Non alia id quidem de caussa, quam quod rem non contrectat: furtum autem contrectatio est. Posterius intelligitur hoc modo. Quanvis enim furtum dictum sit Latinis, ut et Græcis a ferendo, id est auferendo, ut inter cæteras etymologias refertur

in *L. 1. D. de furt.* tamen non solus furtum facit, qui rem amovet, et surripit: sed et qui rem prius voluntate domini acceptam cœpit contrectare fraudulenter lucri faciendi caussa. Qualis est is apud quem res deposita est, si ea re utatur, aut reposcenti domino non reddit: qualis qui commodato accepit, si aliter utitur, atque ex lege contractus debuit. §. [4] *furtum, Inst. de obl. quæ ex del.* Notanda hic proprietas verbi, quod furto tribuitur. Contrectare enim est rem tractare manibus, quod de rebus mobilibus tantum dicitur. Hoc vero bene furto convenit. Sic enim res habet, ut furtum sit istarum tantum rerum, quæ hoc modo tractantur, id est mobilium. Fundi autem vel loci, et generaliter rerum soli furtum fieri non [5] potest, §. *quod autem, Inst. de usuc.*

III. Non sola contrectatio rei furtum habet: sed ita, si est contrectatio fraudulosa: quod secundo loco exigimus. Fraudulosa est, quæ fit fraudandi et alieni intervertendi caussa. Ea autem est, cum quis rem alienam contrectat sciens invito domino, idque se ita facere intelligit. Qua definitione volo intelligi, quatuor is in rebus positum esse, ut sit fraudulosa contrectatio; si res aliena sit, quam quis contrectat; si is sciat alienam, si contrectet invito domino; si hoc ipsum in-

tel-

quisse Alciatus objicit eo ipso, ait Brech. ostenditur civiliter more quorundam populorum licuisse. Nec ex impunitate et pœnæ remissione turpitudo cessat Gœd. ad *d. L.* 42. *n.* 8. Multo minus perversi ritus et mores corruptelæ ac abusus unius; aut alterius gentis, juri naturæ, quod ratione maxime metiri debemus, quidquam derogat, vid. *supra Lib.* 1. *C.* 7. *N.* 1. add. Vasq. 2. *ill. Contr.* 89. *n.* 28. Pinel. *in Rub. C. de resc. P.* 1. *n.* 21. *et seq.* Cont. 1. *subsec. Lect.* 2. *n.* 4. Nec Lacedæmonii, sobrii illi et acres viri, ceu Agell. vocat 11. *Noct.* 18. furta per se et simpliciter probarunt. Testis enim Plutar. in *Lacon. apophth. f. m.* 205. furari Lacedæmone non licuisse, sed juventutem jus et usum furandi edulia et similes res, certo et stato anni tempore, ut apparet ex eod. Plut. *d. Lib. f. m.* 210. docuerunt non ut turpe lucrum sibi quærerent, sumptusve libidini suppeditandos parerent, sed ut furandi solertia ingenia puerorum acuerent, animosque ad astutiam vigilandi, tolerantiam et obrependi celeritatem obfirmarent. Agell. *d. C.* 18. Utque incuriam negligentius res suas custodientium coercerent, Plutar. *in Lacon. Instit. f.* 212. Deprehensos autem turpitudo et verbera manebant. Ægyptiorum vero lege, qui furandi artem exercere vellet, apud ἀρχιφῶρα, seu furum præfectum, nomen suum describere et furtum ad eum evestigio portare debebat; Eosque itidem scribere, quibus aliquid furatus esset, rebus loco et tempore adsignatis: ut hac ratione qui rem amisisset, data pretii quarta parte reciperet, jacturam potius partis, quam totius rei faciens, ut ex Diod. Sic. *Lib.* 2. *Rer. antiq.* P. *Greg.* 37. *Synt.* 1. *n.* 3. ubi corrupte excusum *sacerdotum*, pro *furum* Jo. Boem. Auban. *Lib.* 1. *de Morib. gent. C.* 5. *p.* 45. et Henric. Steph. *in Jur civ. font. et rivis in Præfat.* qui et hujusmodi ἀρχιφῶρα Lutetiæ per conniventiam tolerari, cujus auxilio multa recipiantur, scribit. Romæ olim res furtivæ in Saburra venales propositæ, occidente sole, seu ut Petron. *in Satyr.* deficiente die, unde vigilacem Saburram vocat Propert. 4. *Eleg.* 7. et Horat. 1. *Sat.* fallacem et vespertinum forum. Indeque Prov. *De vesperi suo vivere*, Plaut. *Milite* 4. *Sc.* 2. id est, furtis victum (seu ut loquitur Casell. vitam. Sicut et Gr. βίος victum significat, vid. Paul. Leopold. 11. *Emend.* 4) parare Jac. Durant. Casell. 1. *Variar.* 5. Jo. a Wouveren. *Obs. in Petron. pag.* 221.

3) Vera vei interpretativa, ut in *L.* 43. §. 2. *h. t.* Dan. Venator *Anal. Jur. Pontif. Lib.* 5. *Tit.* 18. Hinc a tangendo fures sagaces Fest. *Lib.* 18. Cujac. 6. *Obs.* 2 Forner. 2. *Select.* 11. Jan. Guglielm. 2. *Verisim.* 3. Sc. Gentil. *Orig. Lib. sing. p.* 325. *et seqq.* Uti et manuarii. Et manuari pro furari, Gent. *d. l.* et summare, Palmer. *Spicileg. Lib.* 15. *pag.* 883. Unde celeres furum manus, Gulielm. *Misc. QQ. in Plaut. C.* 1. Et manus inquinatæ. Catull. de fure balneario:

Nam dextra patet inquinatiore.

Et Cic. 2. *de Orat.* in jocis suis ad sordidis furtis ditatum: *Manus lava*, Turneb. *in loc. Cic. f.* 306. Ludov. Carrio. 1. *Antiq. Lect.* 16. Manticularius fur dicitur a Tertulliano qui se inserens consertæ turbæ, marsupia, at secat aut artifici dolo aperit et exenterat, id est evacuat ablata pecunia. Jo Bapt. Pius *Annotat. poster. C.* 111. qui vulgo crumenisseca *Veutelschneider*, in *L.* 7. *de extraord. crim.* vocatur saccularius, ubi non probo Cujacii 10. *Obs.* 27. expositionem, quod subducere sit, pecuniam ad se carminibus vel alia ratione illicita, quam manu, elicere. Sic enim Magiæ crimem committitur et ordinarium, gravior que, quam de qua *d. L.* 7. agit, pœna coercendum. Rectius directarium *d. L.* 7. *et L.* 1. §. *de effract.* interpretatur Cujacius, qui in aliena cœnacula se dirigit, id est, malis artibus in ea scandit, aperiens fenestras hamis, uncinis vel qua alia ratione. Unde et apertularius dicitur. Nec recte Zas. *in Parat. de off. præf. vig.* et ad *L.* 43. §. 1. *de leg.* 1. *n.* 2. et Wilhelm. Possard. *de Magistrat. Atheniens. Cap.* 8. *in fin.* legunt in *dd. LL.* dietariis, id est qui se in diætas et cubilia potentum ingerunt. Expilatores, *Rubr. et L.* 1. §. 2. *de effract. et expilat.* qui obvium vestimentis noctu exuunt. Cujac. 13. *Obs.* 31. ut nec pilum relinquant. Ascon. in 2. *Verrina.* Sicuti dicuntur barba et crines expilari 2. *Feud.* 27. *pr.* vers. *si quis aliquem.*

4) *L.* 54. *pr. L.* 67. *pr. hoc. tit. et sim.* Item qui rem casu amissam sciens retinet vid. Covar. in *Cap. peccatum de R. I. in* 16. *Parte* 3. *Relect.* §. 1. Guttier. *Lib.* 2. *Canon. QQ. Cap.* 9. Cunrad. Lag. *Compend. Jur. Civ. et Sax. Lib.* 5. *Tit.* 7. add. *supra Lib.* 4. *Cap.* 13. *N.* 2. Ubi licet εὕρετρα sic legendum in *L.* 43. §. 8. *h. t.* ubi Cujac. 11. *Obs.* 18. P. Perrenon. 2. *Animadv. et variar. Lect.* 13. Brodæ. 10. *Misc.* 20. peti nequeant, pro labore tamen impenso in re querenda et invenienda merces exigi vel retineri potest, Gutierez. *d. C.* 9. *n.* 28. Jo. Koppen. *Q.* 10. *n.* 14.

5) *L.* 2. *pr. h. t. L.* 38. *de Usucap.* Sabinum tamen recte contra sensisse, contendit, Nicol. Gosso *in Comm. ad consuet. Atrebat. Art.* 5. addens Philosophis juxta ac Theologis utrisque in rebus contrahi censeri, cum a mente perversa utrumque pendeat. Atqui Agell. 11. *Noct.* 18. vulgo inopinatum esse quod Sabinus scripsit, testatur. Obst. *L.* 6. *h. t.* ubi sæpe contrectando furtum fieri habetur. Ergo non semper contrectatio requiritur. Resp. Pac. 7. *Q.* 50. ibi vocula *sæpe* non debet referri ad verbum *fiat*, quasi quandoque licet raro, fiat non contrectando, sed ad verbum *contrectando*, quod res furto ablata sæpius contrectari possit. Et hic sensus est. Quamvis qui rem clam subripuit deprehensus in loco quo perferre destinavit, sæpius contrectaverit: tamen ut censeatur fur, manifestus nec ne sit, ex prima contrectatione potius quam postrema æstimari.

telligat se invito domino contrectare. Si quid horum desit, neque fraudulosam contrectationem esse, neque furtum committi.

IV. Rem alienam contrectari volumus; quia nemo rem suam, quatenus ejus est, contrectare potest dolo malo. *L.* 2. §. *hæc actio vulgo*, *D. vi*, *bon. rapt.* Nemo enim dolo facit, qui jure suo utitur. *L. nullus*, *D. de reg. jur.* Unus autem dominus ex omnibus maxime utitur jure suo, cum re sua utitur, utpote moderator et arbiter rei suæ. *L. in re. C. mand.* Sane debitor rem suam, quam creditori pignoris caussa dedit, subtrahendo, furtum ejus rei [6] facere, eoque et fraudulenter contrectare existimatur. §. *aliquando*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Verum non quatenus rem suam contrectat, sed quatenus id, quod in ea re est alieni, idque conatur intervertere. Ea est possessio, quam habet creditor in pignore. Sic enim est conditio pignoris, ut manente proprietate debitoris, possessio transferatur ad creditorem. *L. cum et sortis*, in fin. *D. de pign. act.* Hanc ergo velut contrectando, quod fit re subtracta, intelligitur debitor rem alienam contrectare: et dum intervertendi caussa facit, dolo contrectat: unde furtum. Cæterum rem suam, quatenus in eo nihil alieni est, nemo contrectare potest fraudulenter: ut sola relinquatur ea fraudolosa, quæ est rei alienæ. Quod si ita est, satis dixit contrectationem rei alienæ, qui contrectationem fraudulosam dixit. Ut supervacuum fuerit cum Accursio et Theophilo hæc verba, rei alienæ [7] addere in definitione, quæ satis fraudulosæ verbo continebantur. Sed et vitiosum addere quasi ulla posset esse contrectatio fraudulosa alius rei quam alienæ. Sed ut non nisi alienæ rei contrectatio fraudulosa esse potest: ita quæcumque res aliena est, si quis eam sciens contrectat invertendi caussa, fraudulosa contrectatio est, et furtum admittitur. Exemplo est is debitor, qui rem pignori a se datam, creditori subtrahit, de quo ante dixi. *d.* §. *aliquando*, *Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Quo loco observatu dignum est rem alienam hic paulo latius accipi debere, quam est usitata significatio verbi. Eam enim proprie alienam dicimus, quæ est in commerciis, et in alterius dominio. *L. recte*, *D. de verb. signif.* Quo in numero non sunt res, quæ non sunt in hominum commerciis, ut liber homo. Quarum rerum nulla est in bonis cujusquam, nedum in dominio. *L. sed Celsus*, 6. *D. de contr. empt. Inst. de inut. stip.* in pr. Hic cum de furto quæritur, rem alienam intelligemus etiam eam cujus modo potestas aliena est: ut contineatur hoc verbo etiam homo liber, qui est in alterius potestate. Hinc etiam liberorum hominum qui in aliena potestate sunt, furtum fieri placet, si quis eorum surreptus fuerit. §. *interdum etiam*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Scilicet ut et eorum nomine furti actio sit iis quibus surrepti sunt, id est patribus quorum sunt in potestate, et quibus invitis sunt contrectati ad intervertendum id, quod patrum fuit. *L. eum qui*, 14. §. *si filiusfamilias*, *L. mater*, *D. de furt.* Est autem hoc genus furti, quod veteribus in usu juris dicitur plagium, quod et vindicatur legibus judiciorum publicorum, lege Fabia de plagiariis. *D. ad leg. Fab. de plag.*

V. Non statim rei alienæ contrectatio fraudulosa est; sed si quis scit esse alienam, quam contrectat. Dolo caret, qui re aliena, quam suam putat, pro sua utitur. Ideo convenit eum prædonem aut furem non esse, qui rem suam esse putat, quanvis non erret in facto sed in jure. *L. sed etsi*, §. *scire*, *D. de her. pet.* §. 1. *Inst. de vi bon. rapt.* Huc accedit affectus contrectantis. Perspicuum est enim si quis re pro sua utitur, eum re non uti animo furandi. Furtum autem ex affectu furandi consistit, ut mox dicetur. §. *in summa*, *Inst. de obl. quæ ex del.*

VI. Esto, contrectet quis rem alienam sciens. Non est fraudulosa contrectatio, eoque nec furtum, nisi contrectet domino invito. §. *furtum*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Qui volente domino contrectat, ideo dolo caret, quia non est dolus sine fraude et damno. *L. juris gentium*, §. *dolus*, *D. de pact.* Nemo autem videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt. *L. nemo videtur*, *D. de reg. jur.* Idque usque adeo verum est, ut quanvis quis credat invito domino se rem, puta sibi commodatam contrectare; si volente domino id fiat, placeat furtum non [8] fieri. §. *sed etsi*, *Inst.*

6) Ubi negocium facit *L.* 12. §. *ult. h. tit.* verbis: *ut non teneatur furti et agat.* Unde negationem expungunt Zuan. *restit. ad D. C.* 12. Cujac. 2. *Sent. Pauli* 31. §. 16. *in fin. et* 11. *Obs.* 11. notati a Rob. 2. *Rec. Lect.* 9. quem iterum notat. Cujac. 16. *Obs.* 30.

7) Non puto. Quidni enim et fraus in re sua committi recte dicatur *t. t. D. Quæ in fraud. cred. et t. Si quid in fr. cred.* Vitiose quidem adjecta hæc verba, sed non quia supervacua. Verum quia falsam sententiam reddunt, cum et rei suæ sit furtum, et earum quæ non proprie alienæ, ut liberi hominis. Nam licet in re sua fiat respectu usus vel possessionis alienæ; tamen furtum non est illius usus, sed ipsius rei corporeæ, cui contrectatio convenit. Interversio usus ibi finis est furis, non forma furti.

8) *L.* 48. §. 2. *h. t.* Et corrigitur itaque Pomponii sententia *d.* §. *pen.* ab Ulpiano nec distinguitur inter furtum respectu effectus et respectu naturæ furti ut Vult. *in pr. I. h. t. n.* 31. Hinc ratio quod rei hereditariæ furtum non fit *L.* 68. *h. t. L. ult. Expil.* hered. *L.* 3. §. 15. *Si is qui test. lib. Cic.* 7. *Ep. fam.* 22. quia etsi domina habeatur, juris tamen fictiones non pertinent ad ea quæ sunt facti *L.*

Inst. de obl. quæ ex del. Semper enim illud manet, non fraudari eos qui sciunt et consentiunt. Unam speciem excepit hoc loco Justinianus: eam scilicet cum quis persuasit servo alieno, ut furtum domino faceret, et rem surreptam ad se deferret: servus autem re ad dominum delata permittente domino ita fecit, dum dominus hoc animo est, ut suasorem istum in furto deprehendat. Apparet quidem hic neque furtum fieri, cum quod fit, volente domino fiat: neque servum corrumpi, qui non facit, quod suasor voluit, sed integrum se domino suo præstat. Sed Justinianus improbum hoc consilium corruptoris aversatus, qui usque eo processit, ut rem domino ablatam tanquam vere furtivam ad se reciperet; cavit, ut ex hac suasor iste tanquam furto facto, et servo corrupto furti et servi corrupti teneatur. Hoc ille in *L. si quis, C. de furt.* cujus constitutionis sententia in §. *sed etsi, Inst. de obl. quæ ex del. nasc.*

VII. Ad extremum requirit hoc in his omnibus fraudulose contrectare, ut qui rem contrectat, sit hoc animo, ut furtum faciat, id est ut rem domino intervertat. Sine affectu furandi generaliter tenendum est ut dolus abest, ita furtum non committi. §. *placuit*, §. *in summa, Inst. de obl. quæ ex del.* Ideo quæritur, cum superiora concurrent, quando nihilominus hic affectus abesse intelligatur. Intelligitur vero hic affectus abesse aut ex conditione personæ contrectantis, aut ex opinione de voluntate domini concepta. Ex conditione personæ, si is contrectat, qui doli capax non est; qualis est impubes, sive is infans est, sive infantiæ proximus. Ideo placuit hunc furti non obligari: sed solum eum qui proximus sit pubertati, et ob id intelligat se delinquere. §. *in summa, Inst. de obl. quæ ex del. L. impuberem, D. de furt.* Ex opinione de voluntate domini concepta, si quis rem contrectans putavit dominum si sciret, consensurum fuisse. Qui hac opinione est, aperte nihil dolo malo facit, sive falso id, sive vere putet. Ideo quid id putet, placet non esse furem. Solum ergo furem esse, qui rem contrectans id se domino invito facere intelligat. *L. inter*, §. *recte*, *D. de furt.* §. *placuit*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Non continuo tamen, si quis se dicat putasse se volente domino rem contrectare, ei fides habebitur. Alioqui facile quivis hac exceptione onere actionis furti se liberabit: quod in potestate rei esse non debet. *arg. in L.* 3. in princip. *D. de jur.* Tunc huic defensionis locus erit, cum qui rem contrectavit, caussam habuit, cur dominum non denegaturum putaret. Quod tunc solum accidit, cum quis rem prius a domino accepit utendam, et dum necessitas urget, usus est ad aliam rem, aut diutius quam acceperat; sic tamen ut non magis noceatur rei, neque longum sit utendi tempus. Quæ omnia cum in alia re, et alio tempore dominus benevole concessisset: verisimile est eum in alia re, et alio tempore, si rogaretur, et opus esset, non fuisse denegaturum. Hinc justa id existimandi caussa. Unde et furti deprecatio, etiamsi dominus dicat se invito factum esse. *arg. in d.* §. *placuit*, *Inst. de obl. quæ ex del.*

VIII. Nondum satis ad furtum, contrectationem rei intervenire, et eam fraudulosam; quæ quibus rebus constet, modo diximus. Tertium accedere oportet, quod est in definitione, ut quis rem contrectet [9] lucri faciendi caussa. Si quis hoc animo non contrectat, ut lucrum inde faciat rem vel usum ad se transferendo, quanvis dolo malo faciat sciens et invito domino; furtum non est, quod dictum est a ferendo, sed in aliud maleficium cadit. Finge quem servum alienum, aut rem aliam aliquam contrectare, ut verberet, ut frangat rumpat injuria, doloque malo. Si contumeliæ caussa facit, injuria est: si tantum nocendi in ea re quæ infamiam non habeat; damnum est; quod tenetur lege Aquilia. *L.* 5. §. *ult. D. ad leg. Aquil.* Tunc ergo furtum est, cum ita quis contrectat, ut alii rem auferens sibi habeat, atque hinc

29. *Ex quib. caus. maj.* Furtum requirit dissensum domini: velle et nolle facti sunt. A. Fab. 4. *Jurispr.* 2. *Princ.* 5. *Illat.* 3. vid. et Ræv. 3. *Variar.* 8. Mercer. 2. *Opin.* 5. Sed quid si civitati subrepta pecunia? Furtum committitur, non crimen peculatus *L.* 81. *h. t.* Scilicet si civitati alii quam Romæ, quæ juris privati est *L.* 16. *de V. S.* Secus est in subreptione de re civitatis Romanæ: sic accipitur *L.* 4. §. *ult. ad Jur. Pecul.* P. Greg. 32. *Synt.* 191. *n.* 1. Theodorus Streitman. *Antinom. LL. civili* 8. Nec igitur in *d. L.* 81. pro *non* legere convenit *nec non* cum Alc. 1. *Disp.* 3. notato a Rob. 2. *Rec. Lect.* 2. Duar. 2. *Disp.* 26. Gœd. ad. *L.* 17. *de V. S. n.* 17. Sed nec cum Rob. *d. loc.* vocula *qui* in *d. L.* 81. præponenda: ut sit sensus: Qui tenetur furti ob pecuniam, civitati subtractam, videlicet quando in privato loco reconditam privati putavit esse, is peculatus conveniri nequit. Nec cum Duar. et Gœd. itemque P. Fab. 1. *Semestr.* 22. et Forner. 2. *Select.* 22. et Pac. 7. Q. 55. dicendum quod ipsa quidem L. Julia peculatus proprie concepta pro defensione rerum propriarum Romanarum sed constitutionibus Imperatorum ad res quoque municipiorum porrecta sit. Nisi si cui placeat distinctio, Ræv. 2. *Var.* 19. inter subtractionem *d. L.* 81. quæ sit Curatoris civitatis plus accipientis, minus in tabulis acceptum referentis per *L. ult.* §. 4. *de admin. rer. ad civit. pert.* et subreptionem *d. L.* 4. §. *ult.* ejus, qui rem, quæ usus populi est, in privatos usus confert, vid. et M. Lycklama 3. *Membran. Ecolga* 6.

9) Nec placet quod Covar. *in C. peccatum de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 1. *n.* 1. vult verba hæc adjecta considerato animo furis præsumpto. Furtum esse etsi fiat animo perdendi vel projiciendi in flumen. Hinc autem videtur inferri quod vulgo statuunt non esse furem qui tantillum esuriens furatus, quo famem expellat, nec nudum qui sæviente frigore vile tegumentum subripuit, licet rationem hanc reddant quod tempore necessitatis, et ad eam sublevandam omnia sint communia, per *L.* 2. *in fin. de L. Rhoad. de jactu.* Rain. Cors. 11. *Indag.* 8. Cov. *d.* §. 1. *n.* 3. Mar. Salomon. in *L.* 1. §. 3. *de just. et Jure* qui hæc juris naturæ esse scribit, ut fame perituro non porrigens vel eripienti non cedens contra jus naturæ peccet ac necare videatur.

hinc lucrum habeat. Dum autem hic animus sit, si concurrant cætera, ita placet furtum esse, ut nihil intersit ad furtum, utrum quis velit lucrum facere totius rei, an vero ejus usus tantum: an etiam possessionis tantum. Idque est quod dicitur in definitione, lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve. Hoc enim valet, ea gratia, ut quis faciat lucrum vel ipsius rei, vel usus, vel possessionis dumtaxat. Lucrum rei facere vult, qui rem intervertit, ut sibi habeat, vel dissimulans se habere, vel domino petenti sciens denegans. Usus lucrum is, qui dominus rei est, quam contrectat; cujus ususfructus aut usus est alienus. Hujus enim cum sit proprietas, nihil relinquitur alieni in re, nisi usus aut ususfructus incommodum, quod ad se transferat. Et hic fructuario furti tenetur. *L. creditoris*, 15. §. 1. *D. de furt.* In eadem caussa est is, qui re a domino accepta aut utitur, cum utendam non accepisset; aut utitur aliter, vel alio tempore, quam acceperat utendam; agnoscens tamen alienam esse, et paratus reddere, cum usus fuerit. §. *furtum*, *Institution. de obl. quæ ex del.* Possessionis lucrum facere velle intelligitur dominus, idemque debitor, qui rem creditori pignori a se datam amovet. Hunc quidem furtum facere constat. *d.* §. *aliquando*, *Inst. de obl. quæ ex del.* At cujus rei furtum intelligimus? Possessionis utique, non ipsius rei: aut si malumus, rei quidem, sed propter possessionem solum alienam, quam intervertere conatur; non propter rem ipsam, cujus lucrum facere non potest. Jam enim dixi manente proprietate debitoris in pignore, solam possessionem transire ad creditorem. *L. cum et sortis*, §. *ult. D. de pig. act.* Nihil autem ei adimi potuit amplius, quam ejus fuit: nec potuit debitor ejus proprietatis aut fructus lucrum facere, qui jam ante satis ejus fuerat. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Itaque etiam rem non esse furtivam placet, et si a debitore hoc modo surrepta, postea ab eo vendita sit, et forte a non domino deinde alii tradita sine furto, eam usucapi posse. *L.* 4. §. *si rem*, *D. de acq. poss.* Quod ergo scriptum est in *d.* §. *aliquando de obl. quæ ex del.* debitorem si rem quam creditori pignoris caussa dedit, subtraxerit, suæ rei furtum committere: sic accipiemus, ut intelligatur aut furtum committere in re sua; aut quod idem valet facere quidem furtum rei suæ, verum ex parte, quia possessionem rei amoveat: non autem ipsius corporis, quia rem totam ut alienam contrectare non possit, qui ejus rei proprietatem habet.

IX. Furto cognito, variæ actiones ex ea caussa sunt proditæ. In summa autem quædam de re furtiva; quædam de furto ipso maleficii coercendi caussa. De re ipsa ad eam recuperandam tres sunt actiones domino rei furtivæ propositæ: vindicatio, ad exhibendum actio, et condictio furtiva. *L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. furt.* §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del.*

X. Vindicatio omnium dominorum actio communis rem suam petentium, ad quoscumque possessores et quacumque ex caussa pervenerit. *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Hujus præparatoria actio ad exhibendum, omnibus proposita, qui in rem acturi sunt qualicumque in rem actione. *L.* 3. §. *est autem D. ad exh.* scilicet ut res exhibita certo designari possit; ita designata vindicari. Nam aliter in rem agere non licet. *L. si in rem*, *D. de rei vind.* Sed hæ ita sunt de re furtiva, ut tamen non nascantur ex furto, sed ex eo quod qui agit dominus est, et fur qui convenitur, rem possidet, aut dolo malo desiit possidere competituræ: etsi ex alia caussa ad furem pervenissent: ut est omnium in rem actionum natura. *d. L. actionum*, *de obl. et act.* Denique in rem [10] sunt, non in personam. Eoque nec sunt adversus furem, tanquam adversus eum, qui sit obligatus. *d. L. actionum.* Quamobrem nihil ad furtum, de cujus maleficii obligatione nunc quærimus.

XI. Sola est his condictio furtiva quæ huc pertineat. Est enim omnis condictio actio in personam: *d. L. actionum*, *de obl. et act.* §. *appellamus*, *Inst. de act.* Et quia in personam, etiam adversus eum qui nobis obligatus est. *d. L. actionum*, et §. 1. *Inst. de act.* Constituta igitur adversus furem non ut possessorem rei, sed ut eum qui maleficio suo se obligarit. Quæ obligatio est, quam hic ex hoc genere maleficii statuimus. Nascitur vero condictio furtiva et ipsa ex delicto: quoniam ex furto, ut plane ad obligationem hujus delicti referri debeat. Idque ita diserte et de actione rerum amotarum et de condictione furtiva traditum est in *L. si mulier*, §. *pen. D. rer. amot.* Hac de caussa neque iis-

10) Et dantur contra quemvis qui tenet: nam et bonæ fidei emptor furtivas res restituit non refuso pretio *L.* 2. *C. h. t.* post alios Jo. Bapt. Costa *de Facti scientia Dist.* 69. *Cent.* 2. Sed cautelam tradunt, ut emptor protestetur se emere nomine ejus cujus est, paratus illi restituere recepto pretio. Bernh. Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 31. *Obs.* 1. Legibus Bojoariorum C. 12. *Tit.* 6. §. 1. furtivæ rei emptor jurejurando purgans innocentiam, quod apud eum erat ex medietate restituebat, ut tamen furem inquirere non desisteret. Quod si sciens emisset alterum tantum cum re domino reddebat et fisco 12. solidos dependebat *d. C.* 12. *Tit.* 12. §. 1.

iisdem per omnia datur condictio furtiva neque adversus eosdem, quibus et adversus quos illæ superiores.

XII. Condictio furtifiva soli damno [11] competit, et tamdiu, donec dominium rei ab eo recedat. *L.* 1. *L. sive*, §. *ult. D. de cond. furt.* quod est cum vindicatione commune. Hoc dissimile, quod condictio furtiva non cuivis domino competit, ut vindicatio; sed ei domino cui res surrepta est. *L. sed nec*, *D. eod.* scilicet ut in hac actione, quæ ex obligatione nascitur, sic agat dominus rei furtivæ adversus furem: ut agat tanquam adversus eum qui sibi sit obligatus. Quod non fit aliter, quam si ei obligatus sit ex caussa furti. Sed et condictio furtiva quia in personam est, datur heredi domini cui res surrepta fuit; quanvis verum sit ei surreptam non esse. *d. L. sed nec.* Idque ita jus est in omnibus fere actionibus in personam; in omnibus certe sine exceptione, quæ continent rei persecutionem. §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Quod tamen in hac condictione sic accipiendum est, si modo et ipse heres manserit dominus rei. Nam nec domino ipsi, cui res vere surrepta est, condictio competeret, si dominium ab eo recessisset. *d. L. sive*, §. *ult. D. eod.* Non sic vindicatio: quæ cum domino soli competat sine alia adjectione, nunquam ad heredes transit, ut heredes. Sic enim transit, si et ipsi sint domini. At non hoc ideo fit, quia sint heredes quippe cum transitura esset æque ad alios, si et ipsi domini rei furtivæ esse cœpissent, ut si cui ea res fuerit legata a testatore.

XIII. Condictio furtiva datur adversus furem sine dubio, similiter ut adversus eum daretur rei vindicatio: sed longe dissimiliter; datur enim, ut dixi, adversus eum qui domino obligatus est. Quæ obligatio quia rei persecutionem continet, etiam adversus heredem furis [12] transit. *L. si pro fure*, §. *ult. D. de cond. furt.* Non ita vindicatio: quæ quia solum datur adversus eum qui possidet, nunquam transit ad heredem possessoris, qui vivus sine dolo malo desiit possidere. *L. cum in rem*, 52. *D. de rei vind.* Quamobrem si quis rogetur, cui bono fuerit proponere domino rei furtivæ condictionem furtivam ad rem repetendam, cum esset vindicatio et ad exhibendum actio: in promptu est, quod respondeat, pleniorem esse actionem in personam ex maleficio, quæ et heredibus domini detur, et teneat furis heredem. Ut vere dictum sit in §. *sic itaque*, *Inst. de act.* hanc condictionem ideo introductam, non tantum ut fur pluribus actionibus teneretur: sed ut magis, id est arctius et plenius teneretur.

XIV. Non tamen de omni re furtiva superiores actiones competunt. Exceptum est ex omnibus tignum furtivum ædibus alienis vel vineis junctum. De quo vetat lex duodecim tabularum sic agi adversus eum qui junxit, aut junctum habet, ut cogatur junctum ædibus vel vineæ eximere, sed adversus eum, qui junxit, lex in duplum actionem dedit. *L.* 1. *D. de tign. juncto.* Quæ exceptio quatenus tignum junctum quodammodo domino suo ademptum alii adjicit, eatenus pertinet ad rationem earum rerum acquirendarum, quæ nostris adjunctæ, his cedunt. Ubi et de hoc jure satis diximus. Quatenus autem domino adimit vindicationem, et condictionem tigni furtivi exstantis, hac parte ad hunc locum pertinet, in quo de re furtiva adversus furem actionem damus. Qua ratione non male Titulus *de tigno juncto Digest.* subjectus est Titulo *de furtis.*

XV. Furti ipsius coercendi caussa etiam suæ actiones sunt: et in summa duæ. Nam ut de injuriis, ita de furto et criminaliter agi potest, et civiliter. *L. ult. de furt.* Criminaliter, ut sit accusatio criminis comparata ad furem coercendum extra ordinem. Cujusmodi actio inscriptionem desiderat in crimen, ut accusationes omnes, etiam si publicum judicium non sit. [13] *d. L. ult. de furt. L. ult. D. priv. del.* Sed nihil hæc actio ad hunc lo-

11) Scilicet condictio certi. Incerti vero condictio furtiva etiam aliis possessoribus *L.* 12. §. *ult. de cond. furt. L.* 25. §. 1. *h. t. junct. L.* 2. *de cond. trit.* Pac. 4. *Q.* 23.

12) Recte: tametsi diss. Cujac. 7. *Obs.* 37. *et* 13. *Obs.* 37. Vult. *ad* §. *sit itaque* 1. *de act. n.* 10. *et seqq.* M. Lycklama 1. *Membran. Ecl.* 18. vid. Ant. Fab. 4. *Conject.* 1. P. Perrenon. 2. *Animadv.* 7.

13) Ut de iis præfectus vigilum cognoscat *L.* 3. §. 1. *de off. præfect. vigil. L. pen. de cond. ca. da. L.* 56. §. 2. *h. t.* et præses *d.* §. 2. Pœna autem variabat pro ratione circumstantiarum, operis tamen publici modum non egrediebatur, ne quidem in expilatoribus et furibus nocturnis aut balneariis (quos Athenienses morte mulctasse liquet ex Arist. *Problem. Sect.* 29. Q. 14. de quibus vid. P. Victor. 7. *var. Lect.* 17. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 12.) *L.* 1. *de furib. balnear. L.* 1. §. 1. *et* 2. *de effract.* Ulp. apud Ruffin. vel quisquis auctor *coll. LL. Mosaic. Tit.* 7. Sed et Justinianus membri abscissionem pro furto infligi vetuit *Nov.* 134. *C.* 13. Nec unquam igitur jure Dig. pro furto rei privatæ quis summo supplicio affici potuit. Forner 1. *Select.* 15. quicquid contra velit Cujac. 9. *Obs.* 37. *per. d. L. pen. de cond. ca. da.* ad quam Resp. ibi præfectum vigilum vel legitimum modum pœnæ excessisse, ut DD. Hart. Hartm. *Lib.* 2. *T.* 50. *Obs.* 8. *n.* 5. vel, quod totius forte, de servo ibi non ceu furti comperto, sed seu in alio facinore deprehenso pœnam exactam, ut ex decisione illic propositæ speciei colligere est. Nam et Agell. 11. *Noct.* 18. decemviros ex manifestis furibus liberos verberari, addicique illis quibus furati erant, jussisse, servos autem verberibus affici et e saxo præcipitari. Sed a lege illa discessum esse. Sane Draconis LL. cujuscunque modi furtum morte vindicabatur. Agell. *d. lo.* A. Aug. 4. *Emend.* 4. (sicuti et Britonum lege. Bodin. 6. *de Rep.* 6. *n.* 764.) ut et qui olera tantum subripuisset capite lueret. Plut. in ejus vita, A. Guib. *Polyb. C.* 18. Unde Demades LL. Draconis non atramento, sed sanguine scriptas, quæ et tacito illiteratoque consensu obliteratæ. Henr. Steph. *in Jur. Civ. font. et rivis in Præfat.* Cui similis acerbitas superiori ævo in Saxonia inferiori apud Balthici maris accolas viguit, hodieque fere apud Danos vigere refertur. Quanvis autem Solon dupli pœna in fures animadvertendum statuerit, Agell. *d. loc.* quædam tamen furti genera capitalia Græcis manserunt, ut in balneis, palestra, et locis publicis facta, Aristot. *Problem. Sect.* 29. *Q.* 14. *et* 16. Item furta ficuum, unde Sycophante dicti, qui ea deferrent, Fr. Pollet. *Lib.* 4. *Dist.*

locum. Non enim in ea versatur obligatio privata, quam nunc in his maleficiis quærimus: sed vindicta Reipublicæ debita constituendæ publicæ disciplinæ caussa. *L. locatio*, §. *quod illicite*, *D. de publ.* Ea huc pertinet, quæ est civilis et pecuniaria, qua privatus a privato pœnam delicti sibi debitam persequitur. Ea est, quæ dicitur actio furti; ut ex furto duæ sint in personam actiones, condictio furtiva, et furti actio. Illa petit rem furtivam; hæc pœnam privatam legitimam: res plane distinctas, ut proinde neutra actio ex his alteram impediat, neutra alteram consumat. *L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. furt.* §. *ult. Institution. de obl. quæ ex del.*

XVI. Pœna furti privata duplex est. Una certa ab initio: ex eventu altera. Jam ab initio semper pœna furti hæc est; ex manifesto furto quadrupli, ex nec manifesto [14] dupli, et quidem ita, ut in hoc sive duplo, sive quadruplo non contineatur æstimatio rei furtivæ, cujus, ut dixi, persecutionem extrinsecus habet dominus. §. *pœna*, §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del.* §. *sed furti*, §. *item actio*, *Inst. de act.* Fur manifestus est, qui aut [15] deprehensus est in ipso furto, aut deprehensus cum re furtiva prius quam perveniret in eum locum, in quem ferre destinarat. Nec manifestus is, in quo nihil istorum intervenit. *L.* 3. et *L.* 5. *seqq. D. de furt.* §. *furtorum*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Unum genus est furti, ex quo actio constituta est in quadruplum etiam adversus fures nec manifestos; si quis quid abstulit, vel amovit [16] incendio ruina, naufragio, nave, rate, expugnata. *L.* 1. juncta *L.* 3. §. *non solum*, *D. de inc. rui. nauf.* Qua in specie maleficium gravius majore etiam pœna vendicandum esse visum est, ut et in damno ex his caussis dato supra suo loco diximus. Quadruplum aut duplum cum hic dicimus, neque alicujus simpli quadruplum, aut duplum dicimus. Non est enim quadruplum, nisi sit aliquod simplum quod quadrupletur; nec duplum, nisi sit quod dupletur. Atque ut est id simplum in re quaque, ita in eo quadrupli, et dupli quantitatem pro portione exsistere necesse est. Ex minore simplo minorem, ex majore majorem. Id ergo simplum in furti actione quodnam sit, quæritur. Et placet in hac actione non quod interest quadruplari; sed rei verum pretium [17] *L. furti* in pr. *D. de furt.*

XVII. Ex eventu accedit pœna altera infamiæ. Nam et qui furti damnatus erit suo nomine, notatur infamia. Nec interest furti manifesti damnatus sit, an nec manifesti. *L. athletas*, §. *ult. L. furti*, in pr. *D. de his qui not. inf.* Idem est etsi furti nomine pactus est: dum cum pretio quantocumque pactus, ut sic de furto transigeret. *d. L. athletas*, in fin. *L. furti*, §. *pactusque*, *de his qui not. inf.*

XVIII. Hæc actio ut re petita multum differt

fori C. 5. *n.* 7. *et ibi in Corollar.* Phil. Broidæ. Et fures nocturnos morte luisse, ex Demosth. probat Joach. Steph. *Lib.* 2. *Jurisd. C.* 15. *n.* 38. Phrygum quoque Lex fuit, ut si quis instrumentum aliquod eorum, quæ agricolationi serviunt, furatus, capite plecteretur, Henr. Steph. *in d. Præfat. pag.* 2. Sed et antiquorum Sax. *LL. Tit.* 4. furtum capitare. Hodieque deforme suspendii supplicium de furibus exigitur, non tantum apud omnes fere orbis Christiani nationes, (quod cum originem traheret ex constitutione Frid. §. *ult. de Pac. ten. n.* 2. *Feud.* 27. ad vexata turbulentis bellorum motibus tempora accommodata, Forner. 1. *Select.* 15. A. Guib. *Polyhist. C.* 18. acerbiusque, ita non quodvis furtum, sed cui violatio pacis publicæ adjuncta, vindicante consuetudine generali, et apud Germanos publica lege Caroli V. *Ord. crim. Art.* 157. *et seq.* valde extensum, tametsi et jus Saxonicum constitutione illa Friderici antiquius furibus suspendium dictet, Landr. *Lib.* 2. *Art.* 13. Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 32. *P.* 4. *n.* 7. Petr. Termin. plures textus juris Saxonici adducens *Process. C.* 58. *n.* 4. *et* 5.) sed et apud Turcas Europæos et Asiaticos, Laurent. Riseberg. *Celat. rer. Turcic. C.* 4. *P.* 35. Leonh. Rauvolf. *Itinerar. sui P.* 1. *C.* 3. etsi aliter puniri scribat Jo. Boen. *Lib.* 2. *de Morib. gent. Cap* 11. *pag.* 153. Chinenses fures virgis ad necem miserandum in modum cædere, scribit Jo. Mendoza *Lib.* 3. *C.* 12. Hispaniolæ incolas fures stipiti affixisse prodidit Gonzall. Ovied. *Hist. Indicæ Lib.* 5. *Cap.* 3. ceu refert Hieron. Benzo *Lib.* 1. *Hist. novi orbis C.* 36. Abyssini furibus oculos eruunt, traduntque homines misere captos publico mancipio; qui eos cithara et cantu victum mendicantes per omnes regni regiones ea lege perducat, ut alterum diem uno in loco manere utrique capitale sit. P. Jov. *Lib.* 18. *Hist. pag.* 865. Furciferos autem dici furti damnatos legimus, non quod olim æque furca suspenderentur, sed a furcæ, duplicis ligni cruribus subjici soliti gestatione. Plut. *Probl. Rom.* 70. *et in Coriol.* vid. Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 14. Taubman. *in not. ad Plaut. Mostell, Act.* 1. *Sc.* 1.

14) Et pœna dupli non a prætoribus, ut Balduin. *ad L.* 12. *tab. Cap.* 56. sed ipsis decemviris imposita, vid. Cont. 1. *Subsec. Lect.* 2. *et* 14. tametsi quadrupli pœna in manifesto corporali verberum vel servitii, quam decemviri statuerant, subrogata fuerit. Cur autem manifestum furtum gravius coerceatur, rationes diversas pete ex Cujac. 19. *Obs.* 12. Fopp. ab Æzema 1. *Dissert.* 20. Marc. Lycklama. 6. *Membran.* 13. P. Theodorico *Disp. Crimin.* 2. *Th.* 7. *lit. C.* Olim et aliud conceptum furtum, aliud oblatum dicebatur §. 3. *et seq. I. hoc t.* cum perquisitio per lancem et licium obtineret, qua minutissima quæque perscrutabantur et excutiebant. Quæ unde ita dicta diverse exponunt Coras. *Epist. qq. Cap.* 3. *Rev. ad LL.* 12. *tab. Cap.* 26. P. Pithæ 1. *Advers. Subsec* 2. Goth. *in not. ad d.* §. 4. *I. h. t.* Sed num hodie licet rem furtivam in alienis ædibus quærere. Negari *videtur d.* §. 4. Ast non simpliciter negatur, sed secundum veterem observationem. Ex caussa igitur licet, auctoritate judicis, ex recepta sententia, rebus judicatis firmata. Nec tenetur hoc casu injuriarum, si res non reperiatur, uti teneretur si proprio motu quæreret *L.* 13. §. *ult. de injur.* Inventio autem non probat furtum, nec ut in quæstionem detur sola efficit, nisi vilis sit homo, quique docere nequeat unde acceperit. Jo. Koppen *Decis.* 3. De magicis furis investigandi modis, quorum vestigium in *L.* 15. §. 13. *de injur.* Forcat. *Dial.* 58. *n.* 1. Wier. *lib.* 5. *de Præstig. dæm. C.* 5. *et* 6. Jo. Bapt. Porta *Lib.* 20. *Mag. natur. pag.* 664. Martin. Delrio *Disquisit. magic. Lib.* 3. *P.* 2. *Q.* 4. *Sect.* 9.

15) In *d.* §. 3. legitur *Visus vel deprehensus*: Unde Cujac. 11. *Obs.* 38. solo visu fieri furtum manifestum, ita tamen, si dominus acclamaverit: Quo te fur proripis, quove res abit mea. Contra A. Gentil. *Lect. Virgil. Cap.* 5. quia alias ubique solum verbum deprehendendi. Ideoque ibi vox *Vel* interpretationis esse, non alienationis.

16) *L.* 1. *C. de naufrag. lib.* 11. *auth. navigia C. h. t.* ubi improba consuetudo res naufragas dominis territorii, ad cujus littus expulsæ addicens, aboletur, ut et *Ord. crimin.* Caroli V. *Art.* 218. Gail. 1. *Obs.* 18. Covar. *In C. peccatum de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 1. *n.* 5. Andr. Kinich. *de Sax. non provoc. jure v. ducum Sax. n.* 138. *et seq.* tametsi contra invaluisse scribat Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 171. et Rex Galliarum in littus Normandiæ expulsa sibi vendicet, nisi intra septimanas adsit, qui vindicet. P. Greg. 9. *de Rep.* 1. *n.* 29. (æquitatem hujus juris confirmare nitens) Zach. Fridenreich. *Politic. C.* 30. *p.* 255.

17) Ubi vid. not. Goth. ad verbum exscripta ex Forner. non laudato 2. *Select.* 19.

fert a condictione furtiva: ita neque iisdem personis convenit, neque adversus easdem personas. Condictio furtiva datur solum domino cui res surrepta est, ut diximus. *d. L.* 1. *L. sive*; §. *ult.* et *L. seq. D. de cond. furt.* Furti actio non domino, sed ei cujus interfuit non surripi. *L. cujus*, 10. *D. de furt.* §. *furti autem*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Interest interdum domini, nonnunquam et alius qui dominus non sit. Ideo hæc actio his verbis modo domino datur, modo alii. Si res apud dominum fuit, cum surriperetur, solius ejus interest furtum factum non fuisse: quoniam rei surreptæ nomine adversus alium, quam adversus furem actionem non habet. Quamobrem et huic quoque competet actio furti, uti et condictio furtiva. Quod si res erit apud alium justa ex caussa, puta deposita, commodata, pignori data, data locationis aut conductionis caussa; placet in his omnibus ejus interesse rem non surripi, eoque et furti actionem habere, qui ob id tenetur, quod ea res culpa ejus perierit. *L. eum qui*, 14. §. *an pater*, *D. de furt.* Qui sint, qui in his contractibus teneantur re furto amissa, supra suis locis diximus. Quicunque hi erunt, generaliter recte statuemus his solis competere furti actionem: qualis est commodatarius, creditor in pignore, locator et conductor in re locationis nomine accepta: interdum et depositarius, si culpam in se recepit. Quæ summa est exemplorum tam multorum, quibus hæc res explicatur cum alibi, tum maxime in §. *furti autem*, et duob. seqq. integris, *Inst. de obl. quæ ex del.* item in *d. L. cujus*, 10. et 5. *LL. seqq. D. de furt.* Sed meminerimus in omnibus hanc esse conditionem, si modo ex justa caussa rem teneant, ut superiores. Malæ fidei autem possessori furti actio non datur, quanvis intersit ejus rem non surripi, cum periculo ejus sit. Recte enim dicitur; neminem ex improbitate sua consequi actionem. *L. itaque*, 12. *D. de furt.* Sed et hanc conditionem addemus prioribus, ut sit superioribus furti actio quia eorum interest rem non surripi, si modo et ipsi solvendo sint. Si autem non sint, ad dominum actio redit ex eadem definitione, quia jam domini interest rem salvam esse, quam ab istis consequi non potest, qui solvendo non sunt. Hoc in *d. L. itaque*, 12. *de furt.* §. *item sin.* circa fin. *Inst. de obl. quæ ex del.*

XIX. Atque ut non iisdem datur furti actio, quibus condictio furtiva: sic nec adversus eosdem. Condictio furtiva adversus furem est, heredemque ejus, non etiam adversus alios. *L. si pro fure*, §. *ult. D. de cond. furt.* Furti actio primum adversus furis heredem nunquam competit. Pœnam enim continet. Pœnales actiones in heredes non dantur. §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Quod autem ad principales personas attinet eorum, qui furti statim obligantur, hæ tres sunt, non una. Fur quidem sine controversia: cum furti coercendi caussa hic agatur: unus autem sit fur, in quo furtum consistat. Sed non minus et [18] is, cujus ope et consilio furtum factum est, quanvis furtum non faciat, et de utroque significatur in §. *interdum quoque*, *Inst. de obl. quæ ex del.* Quid sit ope et consilio alicujus furtum fieri, de eo ita scriptum est in *L. in furti*, §. 1. *D. de furt.* Ut videatur consilium dare is, qui persuadet et impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem ferre, qui ministerium atque adjutorium ad res surripiendas præbet. Exempla exstant in *d.* §. *interdum quoque.* Cujusmodi est, si quis nummos alteri excusserit consulto, ut fur deinde tolleret: si furi ædes conscensuro scalas, murum subfossuro, aut ædes effracturo ferramenta subministrarit sciens, quam ad rem illa pararentur. Duo hæc [19] conjunctim exigimus; ut neque furti teneatur, qui consilium furandi dedit, si opem non tulit; neque qui opem tulit, nisi consulto fecerit, ut furtum committeretur. *d. L. interdum quoque* in fin. *L. sæpe* in fin. *D. de verb. sign.*

XX. Postremo et furti tenentur nautæ, caupones, stabularii, navem, cauponam, stabulum exercentes, non tantum si ipsi quid surripuerint vectoribus vel hospitibus suis, aut si quod eorum ope et consilio furtum factum sit: sed etiam si quod factum erit a quoquam eorum; quos ibi habebunt, seu quorum opera ad navem, cauponam, stabulum exercendum utentur. *L. unica, D. furt. adv. nau. caup. stab.* Fatendum tamen est hanc actionem ita nasci ex furto, si initium et caussam spectemus. Sin spectamus personam exercitoris ejus, cum quo agitur, qui suo nomine convenitur, non alieno; fatendum est adversus eum actionem ex maleficio non esse, sed ex quasi maleficio. Neque enim hi exercitores furtum fecerunt quod con-

18) Non ex lege aliqua vel edicto, sed prudentum interpretatione. Actionem enim eam a Jurisconsultis proditam scribit Cic. 3. *de nat. deor.* Rav. *de Auct. prud.* C. 13.

19) Vid. Good. *ad d. L.* 53. Cujac. *ad L.* 27. §. 1. *eod. tit.* Pac. 4. Q. 24.

constat: et sæpe furtum non fit eorum culpa, ac nec furto caussam dederunt. Quam ob caussam etiam hoc genus inter obligationes, quæ ex quasi delicto nascuntur, numeratur: ubi iterum attingendum erit.

XXI. Non semper tamen adversus eum qui furtum fecit, est furti actio. Duo genera personarum hic excipienda sunt. Primum est filiorumfamilias et servorum, si quid hi parentibus aut dominis, quorum in potestate sunt, surripiant. Hos quidem convenit hoc modo furtum facere, rem ipsam surreptam furtivam fieri, eoque non magis usucapi posse, quam res cæteras furtivas. Sed placet furti actionem adversus eos non nasci: sicuti nec ex ulla alia caussa potest inter patrem et filium qui in potestate est, inter dominum et servum nasci. §. *hi qui*, *Institution. de obligat. quæ ex del.* De servis jus certum et perpetuum. §. *si servus*, *Institution. de nox. act.* Idque eo minus mirum est, quod servi jure civili pro nullis habentur. *L. quod attinet*, *D. de reg. jur.* At cur idem in filiisfamilias placeat, merito quæritur. Nam ut omittatur istorum conditio, qui et liberi sunt, et cives Romani: ipsum adeo jus de horum obligatione traditum repugnare videtur. Nihil enim certioris juris, quam filiosfamilias ex omnibus caussis tanquam patresfamilias, obligari. *L. filiusfamilias*, *D. de obl. et act. L. tam ex contractibus*, *D. de jud.* Et vero ei sententiæ contrarium dici in hac specie fatendum est, cum negamus filiumfamilias patri obligari. Nemo enim ignorat futurum fuisse, ut si paterfamilias factus esset, id est sui juris, jure patri obligaretur. Sed ideo hoc defenditur, quia hæc illius superioris juris exceptio est. Verumtamen ita exceptio, ut caussam excipiendi subesse oporteat. Hanc ergo quærimus, quod et fecerunt veteres. Hinc enim est, quod hujus partis rationem studiose reddiderunt. Hanc autem duplicem legimus. Una est Ulpiani in *L. servi*, 17. *D. de furt.* ut ideo servi et filii nostri quanvis furtum nobis faciant, tamen non teneantur furti; quia sit supervacuum prodidisse hoc casu actionem. Neque enim inquit, qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare. Sed hæc ratio patet latius, quam ut videatur satis filiosfamilias convenire. Denegat enim actionem in filium etiam peculii castrensis et quasi castrensis nomine. Non recte, ut mox dicetur. Altera igitur et certior est Pauli in *L. ne cum*, 16. *D. eod. ne*, inquit, *cum filiofamilias pater furti agere possit*, *non juris constitutio*, *sed natura rei impedimento est*, id est non eo fit, quia cum alioqui per se posset esse patri cum filio actio, tamen jus ita sit constitutum vel ob alias caussas, vel certe ob istam superiorem, quia ineptum sit litigare adversus furem, in quem possis tua auctoritate statuere: sed quia istarum personarum ea conditio est jure civili, ut ea manente non possit natura rei inter patrem et filiumfamilias consistere obligatio, etiam si velimus. Hoc recte. Nam si dominus adversus servum agere velit, non potest nisi ut servus aut solvat de peculio, aut corpore ipso luat, quod domino dedatur, ut saltem illi satisfiat. Atqui utrumque jam habet dominus et suum. Non enim tantum peculium servi domino acquiritur: §. *item vobis*, *Inst. per quas pers.* sed ipse servus totus domini est. Si recte definitur servitus, qua quis dominio alieno subjicitur. *Inst. de jur. pers.* in pr. Ut hoc statu rerum posito, si velit dominus de superioribus rebus agere, necesse habeat secum ipse experiri, efficiaturque idem creditor et debitor, id habens, quod sibi ipse solvere debeat. Hoc vero natura non patitur. Eadem ratio, ut olim jus fuit, in filiosfamilias locum habuit, fuit enim tempus, cum quidquid acquireret filiusfamilias id omne acquireret patri. Postquam autem excepta sunt peculia castrensia et quasi castrensia, quæ filiorumfamilias propria esse jussa sunt tanquam si patresfamilias essent: non jam amplius superiori rationi in his bonis locus est. Quamobrem ne superiori juri quidem. Omninoque ita statuemus, si quid filiusfamilias patri surripuerit, et is peculium habeat castrense aut quasi castrense, eum patri ad quantitatem hujus peculii [20] teneri. Quidni? cum diserte traditum sit in *L. lis nulla*, *D. de jud.* litem, id est actionem consistere posse inter patrem et filium de castrensi peculio? Si de omnibus caussis hoc dictum est, res absoluta est. Si de negotio inter patrem et filium gesto, an dubitamus eum qui ex contractu patri obligatur, multo magis ex maleficio obstringi oportere? Adde quod traditum est et illud generaliter; filiumfamilias in castrensi peculio vice patrumfamilias fungi. *L. 2. D. de sen. Maced.*

XXII. Quod tamen dixi jus superius in servis esse perpetuum: in omnibus aliis caussis perpetuum accipiemus, una hac excepta, de

20) Non tamen furti actio famosa tunc danda in filiumfamiliam per *L. 2. rer. amot.* et quia filiusfamilias vivo patre dominus habetur. *L. 11. de lib. et posth.*

de qua provisum est edicto, si servus testamento domini liber esse jussus, post mortem domini ante aditam hereditatem surripuisse quid dicetur. Hunc servum nondum adita hereditate constat servum manere. Non enim liber fieri potest nisi ex testamento. Nihil autem in testamento valet ante quam adeatur hereditas. *L. ea quam*, *C. de fideic.* Constat et illud, si quid hereditarium servus surripiat, hunc furtum dominæ suæ facere. Sic enim jure civili habetur hereditas nondum adita, ut domina existimetur. *L. hereditas*, *D. de acq. rer. dom.* His posiis si civilem rationem sequimur, consequens erat hic deficere actionem, quandocumque adita foret hereditas, quia ab initio nulla obligatio constitisset inter dominum et servum. Id ne fieret in hac specie, prospectum est edicto, et adversus hunc furem actio furti constituta in duplum, uti fieret si manumissus jam et liber factus aliquid surripuisset. In quo prætor naturalem æquitatem est secutus: indignum ratus, si iste servus beneficii occasione, et spe imminentis libertatis abuteretur ad maleficium, et fraudandum eum a cujus decessore beneficium accepisset. Hoc in *L.* 1. in pr. et toto tit. *D. si is qui test. lib. esse jussus erit.*

XIII. Alterum genus eorum, qui cum furtum fecerint, furti tamen non tenentur, est viri et uxoris, si quid alter alteri constante matrimonio amoverit. Uxor vero si quid amovit, furtum facit. Sed furti non [21] tenetur constituto jure, ut est in *L.* 1. *D. rer. amot.* id est ita de eo jus constitutum est, ut non teneatur furti. Vitandæ scilicet turpis actionis caussa in honorem matrimonii, ut est in *L.* 2. *eod. tit.* Hinc nomen quæsitum conveniens rei, ut genus facti non diceretur furtum, sed mitiore vocabulo amotio, et res amotæ. Unde actio eo nomine prodita etsi condictio est, re per omnia similis condictioni furtivæ, *L. rerum* 26. *L. si mulier*, 21. §. *pen. D. eod.* non tamen dicta est condictio furtiva, sed proprio nomine actio rerum amotarum. *L.* 1. *L.* 25. 26. 27. 29. et toto tit. *D. eod.* Quid ergo, mulier marito impune res amoverit? Sane ita impune, ut non sit ulla pœna maleficii ipsius vindicandi caussa. Alioqui esset in eam rem furti actio. Sed non ideo ita impune, ut nulla sit actio eo nomine. Immo illa est constituta, quam ante dixi, actio rerum amotarum, earum rerum persequendarum gratia. Quæ cum nullum maleficii pœnam habeat, ideo dicitur rei persecutionem continere. *d. L. si mulier*, §. *pen. D. eod. tit.* Sed non eo minus nascitur ex delicto, uti et condictio furtiva, ut diserte traditur in *d. L. si mulier*, §. *pen.* Utraque enim pariter ex furto, etsi in uxore magis placuit hoc furtum res amotas nominari, ut ante dixi. *d. L.* 1. *eod. tit.* Quæ res nos admonet et exceptionem ad furtum, et obligationem ejusque obligationis caussam et actionem ad hunc locum debuisse referri.

XIV. Sed non statim rebus ab uxore amotis huic actioni locus est. Habet actio has conditiones, si uxor constante matrimonio res amoverit, idque divortii consilio, aut dum aliter matrimonium solutum iri sperat, et divortium secutum fuerit. Soluto matrimonio si quid mulier intervertat de rebus mariti, usque adeo furti tenetur ut reliqui fures, et quanvis amoverit constante matrimonio, teneatur tamen furti, si contrectet easdem res post divortium. *L.* 3. in pr. *D. eod. tit.* Reliquæ conditiones nominatim comprehensæ sunt in *L. rerum quidem.* 25. *eod. tit.* Si quid ergo amovit uxor constante matrimonio, sed non divortii consilio: aut consilio quidem divortii, sed divortium secutum non est, illic scriptum est cessare rerum amotarum actionem. Sed additur *ibidem* non ideo carere hanc amotionem sua actione: condici enim posse nihilominus res ipsas, condictionem fore sine caussa, vel potius ex injusta caussa. Cujus et mentio fit *tit. de cond. ex lege et sine caus. vel injus. caus.* quæ quidem actio sub alia appellatione eamdem vim et effectum habet.

XXV. Quæ de uxore res mariti amovente diximus, eadem vice versa et in marito res uxoris amovente locum habent, ut sint scilicet et uxori adversus eum eædem actiones ob res amotas, et iisdem conditionibus. *L. mulier*, *L. Marcellus*, *L. de rebus*, *D. de rer. amot.*

21) Vid. Marq. Freher 1. *Parerg.* 5. ubi putat auctores *d. L.* 1. negasse etiam furti in socium, licet alii contra *L.* 51. *pro soc.*

CAP. XXXI.

De rapina: seu de vi bonorum raptorum.

Rapina seu vis raptorum bonorum publica et privata pœna coercetur. Publica nihil ad nos. I.

Privata pœna in eo qui rem suam vi rapuit, amissio rei: in eo qui suam putavit, et sibi debitam rapuit, crediti amissio. II.

Sed adversus eum qui sciens alienam licet sibi obligatam rapit pœna est quadrupli: in quo tamen inest et rei persecutio. III.

I. SUperiora proxima maleficia rei alienæ amotionem et ablationem habent, sed clandestinam. In quibus furtum, et res amotæ: de quibus diximus. Etiam vi aperta res auferuntur. Quod qui facit in rebus mobilibus, dicitur uno verbo rapere; genus maleficii rapina, et vis bonorum raptorum. *Inst. de obl. quæ ex del.* in pr. *Tit. de vi bon. rapt. Digest.* et *Inst.* Maleficium eo gravius, quod cum vis cum alieno incommodo conjuncta sit; etiam perturbat respublicas, excitans pugnas inter cives. Quam ob caussam præcipue esse existimatur adversus bonos mores. *L.* 3. *D. quod met. caus. L. nihil tam consensui, D. de reg. jur.* Ideo et severius vis omnis coercetur legibus, et quidem legibus publicorum judiciorum, lege Julia de vi publica, et lege Julia de vi privata. Ex quibus et publica accusatio est: *Tit. ad leg. Jul. de vi pub.* et *Tit. ad leg. Jul. de vi priv.* Sed hæc criminis exsecutionem et vindictam habet, quæ cum pendatur Reipublicæ ad hunc locum non pertinet.

II. Etiam de vi bonorum raptorum privata pœna et obligatio est, ejusque pœnæ persequendæ caussa civilis et privata actio [1] constituta, ut de injuriis et furto. Est autem constituta varie pro qualitate delicti. Alia est adversus eum qui rem rapuit sine dolo malo; alia adversus eum, qui dolo malo. Commune hoc quidem utriusque generis, quod nulla hic vis est impunita. Hoc dissimile, quod illa mitius punitur. Hæc gravius. §. 1. *Inst. de vi bon. rapt.* Rem rapere sine dolo malo existimantur duo; dominus rem suam alicui vi auferens: et qui rem suam existimans idem facit. Hac de caussa convenit hos in quadruplum non teneri: quæ pœna edicto est constituta adversus eos tantum, qui dolo malo bona rapuerunt. Hæc in *L.* 1. in princip. §. *hæc actio vulgo, D de vi bon. rapt.* §. 1. *Institution. eod.* Sed tenentur [2] *L. si quis in tantam, C. unde vi.* et decreto Marci Antonini, quod exstat in *L. exstat, D. quod. met. caus.* Est autem hæc pœna, ut qui rem rapuit, si quidem dominus est, possessionem quam abstulit possessori, et dominium ejusdem rei amittat: quo jure intelligimus possessori et condictionem ex lege ut adversus eum qui ex maleficio sit obligatus; et vindicationem ut domino esse constitutam. Sin autem res aliena fuit; non solum eam possidenti reddat, sed etiam æstimationem ejusdem rei adjicere cogatur. Quas ad res parata est possessori conditio ex lege. *L. unica, D. de cond. ex lege.* Estque hæc sententia *L. si quis in tantam.* Quod si res erepta ita aliena erit, ut tamen sit ei qui suam putavit, debita: ex decreto illo vetere Antonini invasor jus crediti amittit. *d. L. exstat, quod met. caus.* Quod cum fiet, hæc amissio abunde pro justa rei æstimatione cedet, uti fieret cum dominus rem suam rapuit. Ubi is non aliam pœnam patitur, quam ut rei suæ dominium amit-

1) Quam de utraque vi publica et privata dari censet Gœd. *ad L.* 41. *de V. S. n.* 2. Non obstare putans. *L.* 2. §. 1. *h t.* ibi *legi Juliæ de vi privata.* Nam Resp. Etsi ei soli per hanc actionem fiat prejudicium, non tamen ideo actio hæc ad solam vim privatam spectat. Sed ideo judicio publico de vi publica non præjudicat, quod ejus pœna deportatio, vis autem privatæ bonorum tertiæ partis ademptio *L.* 10. §. *ult. ad L. Jul. de vi publ. L.* 1. *de vi privata.* Vel inquit legendum in *d.* §. 11. legi *Juliæ de vi* rejecta voce *privata.*

2) De quo fuse Menoc. *Recup. poss. Remed.* 9. Verum rigorem hunc communi Christiani orbis usu in práxi antiquatum esse, scribit Covar. 3. *var. Resol.* 16. *n.* 7. et Sarmient. 2. *Select. Interp.* 13. *n.* 7. Nunquam, ait, vidi pœnam hujus legis practicari, nec remedium hoc intendi. Contra Menoch. *d. Remed.* 9. *n.* 8. quia multis, ait, LL. municipalibus corroboratur, et Jo. Guttierez. *Pract. QQ. Lib.* 1. *Q.* 77. hanc dispositionem in praxi servandam, cum nec per 100. annos, non usu mero L. tollatur. Rigorem hunc necessarium esse in Republica Christiana, ut quisque suis tuto frui possit, seditionesque evitentur. Jure Saxonico quæ in his casibus pœna vid. *Diff. Jur. Civ. et Sax. P.* 4. *Diff.* 14. *et seq.* ubi Francisc. Roman. *in Addit. ad Diff.* Fachsii 61. *n.* 7. si vis publica concurrat, dispositionem juris civilis judicando attendi, secus si privata.

amittat. Cumque in his omnibus pœnæ constitutæ obtinendæ caussa nulla alia actio proposita sit, quam condictio aut vindicatio: intelligi oportebit nulla ex his damnatum invasorem infamia notari. Nulla enim condictio infamiam irrogat, quanvis ex famosa caussa pendeat. *L. cessat*, *D. de obl. et act.* multo minus autem vindicatio, quæ cuique ex dominio suo, non ex maleficio adversarii nascitur. *L.* 1. *D. de his qui not. inf.*

III. Contra dolo malo rem rapere intelligitur omnis, qui alienam rapit, quam alienam esse sciat, etiam si sit ei obligata vel debita. Et ad hunc pœna edicti pertinet. *L.* 2. §. *hæc actio vulgo*, *D. de vi bon. rapt.* Ea est in quadruplum ei cujus bona rapta esse dicentur adversus eum qui rapuit *d. L.* 2. in pr. *Institut. eod. tit.* in pr. Pœna non otiose constituta adversus raptorem, qui etsi fur est, et fur [3] improbus: tamen qui manifestus fur [4] non est, utpote non deprehensus in furto prius quam rem pertulisset eo, quo destinarat, non potuit ex caussa furti actio esse adversus eum nisi in duplum. Nunc autem ex edicto est in quadruplum. *L.* 1. *D. de vi bon. rapt. Institution. eod.* in pr. Sic tamen in quadruplum, non ut totum quadruplum pœna sit, ut fit in pœna furti quadrupli: sed in quadruplo insit rei persecutio, pœna autem mera sit tripli. *Inst. ibidem.* Cætera cum furto communia. Itaque et adversus raptorem condictio furtiva est: *L. sive*, §. 1. *D. de cond. furt.* et vi bonorum raptorum damnatus similiter ex edicto fit infamis. *L.* 1. *L. athletas*, §. *ult. D. de his qui not. inf.* Si quæ sunt alia ad edicti explicationem pertinentia, nullo negotio sumi possunt ex *L.* 2. *D. de vi bon. raptor.* et ex edicto *Tit. Institution.* ubi recto ordine exponuntur.

CAP.

3) *L.* 2. §. 10. *h. t. L.* 14. §. 12. *Quod met. ca.* Tametsi Covar. *in C. peccatum de R. I. in* 6. *P.* 2. *Relect.* §. 1. *n.* 2. velit furem eum dici secundum impropriam definitionem, ac rapinam speciem distinctam esse a furto, nec proprie rapinam esse furti speciem.

4) Immo vocatur fur manifestus *L.* 80. §. 3. *de furt.* Tenetur igitur furti manifesti, quando in delicto deprehensus. Si non comprehendatur tum vel actione nec manifesti furti experiri licet in duplum, vel vi bonorum raptorum in quadruplum *L.* 1. *h. t.* vid. Arumæ *ex. Justin.* 17. *Th.* 10. Quanquam alii mitiorem ideo pœnam raptoris quam furis manifesti, quia Lex putaverit pauciores fore, quibus animus rapiendi esset ob paratam defensionem possidentis, quam qui rem absentis furari auderent, ideoque durius caverit, ubi majus periculum est verita, Rain. Cors. 1. *Indagat.* 5. add. Forst. 7. *de success.* 15. *n.* 20. Fopp. ab Æczema 1. *Dissert.* 20. Marc. Lycklama *Lib.* 6. *Membran. Ecl.* 13. Alii, sed incommode, quia rapina etiam L. Jul. de vi potest coerceri, cujus pœna deportatio vel gravior. Conrad. Wolf. *Erotemat. Instit. h. t.*

CAP. XXXII.

De vi possessis rebus : adversus eam vim quæ dejecto actio ; et de interdicto unde vi.

Possessionis usurpatio per vim facta aut illam in totum aufert, aut minuit. Utraque vis sua quæque actione vindicatur. I.
Vi dejecto fuit olim interdictum unde vi: *Justiniani tempore sola utilis actio ex interdicto.* II.
Interdicti unde vi *explicandi methodus; et partitio a caussa.* III.
Dejectus vi intelligatur qui possidet, sive animo sive corpore; sive juste, seu injuste possideat. IV.
Dejectus autem de re soli, aut solo cohærente. Triplex dejiciendi modus et qui. V. VI.
Item cum effectu dejectus ut nec per alios possessionem retineat. Emendatur Ulpiani locus in L. 1. §. hoc interdictum 44. D. de vi et vi. VII.
Interdictum fructuario et usuario quatenus datum. VIII.
Hujus obligatio et actio res continet, et personas. IX.
Res, ut restituantur immobiles primo: deinde et mobiles quas tunc habuit dejectus sive suas, sive alienas. X. XI.
Mobiles habuisse quomodo dejectus probet ex Zenonis constitutione. XII.
Fructus rei omnes, et omnis caussa atque utilitas ex hoc interdicto restituendæ intra annum: post annum id solum quod ad dejicientem pervenerit. XIII. XIV.
Interdictum, sive utilis ex eo actio competit dejecto per se aut per alios. XV.
Etiam cum vi, clam, precario possedit. XVI.
Competit omnino adversus eum solum qui vi dejecit; non autem adversus alium possessorem. XVII.
Dejecisse intelligitur non solum qui ipse dejecit, sed et qui mandavit, jussit, ratamve habuit dejectionem. XVIII.
Datur etiam adversus eum, cujus familia eo ignorante, nec postea id ratum habente, dejecit. Recte hoc constitutum; et quare. XIX.
Quid novi veteri interdicto unde vi adjecerit Justinianus. XX.

I. Etiam in res immobiles alienas vis adhibetur lucri nostri caussa: non tamen ad rem eripiendam, vel auferendam, quæ loco moveri non potest: sed ad possessionem rei usurpandam. Omnis usurpatio alienæ possessionis, quæ vi tentatur, aut ad possessionem in totum veteri possessori auferendam spectat, aut ad minuendam. Aufertur possessio re per vim occupata, dejecto inde prius possessore. Minuitur ei, cui vis fit, quominus uti possidet jure, ita plene possideat. Et in utroque genere vis suis quæquæ actionibus vindicatur. Illa in primis utpote gravior, qua quis dejecto vetere possessore possessionem occupat. De qua etiam prius est, ut cognoscamus.

II. Ne quid ita per vim admittatur, iisdem legibus Juliis de vi publica et privata præcipue cautum est, §. *recuperandæ, Inst. de interd. L.* 1. in pr. *D. unde vi.* Sed et dejecto placuit privatam esse persecutionem ad recuperandam possessionem, et ea damna sarcienda, quæ per eam dejectionem contigerunt. Propositum olim in eam rem interdictum unde vi, quod exstat in *L.* 1. et explicatur deinceps toto *Tit. D. unde vi, seu De vi et vi armata.* Interdictum appellatum *unde vi* a primis verbis interdicti, sic enim verba erant, *unde vi tu illum dejecisti*, d. *L.* 1. Itaque passim sub eo titulo ita dici legimus, ut *L.* 1. §. *ex interdicto. L.* 3. §. *unde vi. L.* 6. *L.* 12. *L.* 13. *L.* 16. *L.* 18. *eod. tit.* nusquam ibi aliter. Et ita etiam hujus Tituli inscriptio est in Codice. Legitur tamen vulgo in Pandectis ita, [1] *De vi et vi armata.* Ut intelligatur idem interdictum, quod est de vi, unum de vi privata, quod simpliciter dicitur de vi, alterum de vi armata. Quæ

1) Non igitur mutanda inscriptio ut legatur: Unde vi et de vi armata, ut Goth. *in Rub. h. t.* Gilb. Reg. 1. *Enant.* 25.

Quæ duo olim fuisse recte Duarenus observavit [2] *Lib.* 1. *Disput. C.* 20. Hoc etsi non usitate, et præter morem loquendi toto eo titulo a veteribus usitatum: non male tamen: Nam et Ulpianus alibi vocat interdictum de vi. *L. si quis vi*, in pr. *D. de acq. poss.* Hoc interdictum vi ipsa nihil aliud jam ab initio fuit, quam actio juris nostri persequendi caussa. Ut et alia omnia interdicta. *L. actio, D. de obligat. et act.* Hodie quidem certe formulis interdictorum sublatis nihil nobis relictum est, nisi actio in factum loco veteris interdicti. §. *ult. Institution. de interd. L. pen. L. ult, C. eod.* Hæc actio omnis in personam est. Sic enim intelligi necesse est; si non est in rem, ut certe non est: *L. cum a te*, 7. *D. unde vi.* Non enim plura sunt genera actionum, quam hæc duo, in rem, et in personam. §. 1. *Inst. de actionib. L. actionum, de obl. et act.* Quod si in personam, necesse est et illud intelligi esse adversus eum, qui nobis sit obligatus: quod est omnium actionum in personam commune. *d. L. actionum, d.* §. 1. *de act.* Unde igitur illa obligatio, qua tenetur is, cum quo ex hoc interdicto agitur? Palam est ex delicto et maleficio esse, cum nascatur ob vim illatam. Et maleficium nominatur in *L.* 1. §. *quod igitur.* Delictum in *L. pen.* in fin. *D. eod.* Quod si ita est, convenit et hanc obligationem atque actionem inter eas quæ ex maleficio nascuntur, numerari. Et sane valde absurdum esset furtum, rapinam, damnum adeo sine vi datum recenseri inter maleficia: hoc singulare genus maleficii in hoc numero non haberi. Si res ad formulam interdictorum revocatur, et ex ea propositum alicubi est de omnibus interdictis tractare, recte fit, si et hoc ad eum tractatum refertur, ut factum est in *D. C. et Inst.* Sed si hic spectamus rem ipsam, id est obligationem, et caussam atque originem hujus obligationis, plane ad hunc locum atque hæc genera pertinet.

III. Pertinet ergo hoc sive interdictum, sive actio ad recuperandam vi amissam possessionem. Unde et recuperandæ possessionis dicitur. *L.* 1. in pr. *D. eod. L.* 1. §. *est igitur, D. uti possid.* §. *recuperandæ, Inst. de interd.* Qua ex caussa nascatur, et quid contineat, videamus. Quæ partes sunt, quibus hoc remedium juris continetur, de quibus iisdem comprehensum est edicto in *L.* 1. in pr. *eod.* Caussa hæc est, si quis aliunde dejectus sit, expressa verbis his edicti: *unde tu illum dejecisti, aut familia tua dejecit*: Ut quis dejectus intelligatur, quatuor his in rebus positum est; in persona dejecti; in re, unde dejicitur; in dejiciendi modo; in dejectionis effectu. Nam neque in omnes personas cadit dejectio, neque in res omnes: et certus dejiciendi modus est; nec quisquis dejectus est corpore de re aliqua, continuo simpliciter dejectus, aut dejectus est effectu. Ita propria sunt quædam in singulis his partibus ad dejectionem pertinentia, quæ cum interveniunt, sæpe dejici intelligitur, qui alioqui non videretur; cum autem quid eorum deest, nemo dejectus dici potest, neque vis ad hoc interdictum pertinet.

IV. In persona ejus quem dejectum videri volumus, hoc exigitur ad dejectionem, ut possideat cum dejicitur. Solus dejici intelligitur, qui [3] possidet. Qui non possidet, dejici non potest. Quamobrem nec ei hoc interdictum competit. *L.* 1. §. *dejicitur*, §. *interdictum autem, D. unde vi.* Diximus alibi, ut in usucapionibus, et fructibus bonæ fidei acquirendis, possidere esse rem opinione vel affectu dominantis tenere: ut non possideat, si quis aut rem omnino non teneat: aut non tanquam qui se dominum putet, ut bonæ fidei possessor; aut se dominum esse velit, vel pro domino gerat, ut prædo. Sumamus igi-

2) Cujac. 6. *Obs.* 4. *et ad L.* 41. *de V. S.* Ubi vim privatam quotidianam vocatam putat (licet Hot. 7. *Obs.* 6. vim quotidianam, quæ et Festucaria Agell. 20. *Noct.* 9. diversam fuisse velit ab armata et sine armis, ac triplicem vim a prætoribus notatam.) Et interdictum de vi privata quotidianum fuisse nec perpetuum, ut alterum. Quotidianum dari tantum possessori dejecto. Interdictum de vi armata etiam colono. Illud negari contra liberos et parentes, hoc non item: Illud exceptionem habuisse, si nec vi nec clam nec precario a te possedit. Hoc etiam contra eum, a quo dejectus, vi clam precario possedit etc. add. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n.* 2. *et seqq.* Vis autem privata dicta quæ sine armis, P. Greg. 36. 25. *n.* 22. uti et publica armata quia privatis armorum usu interdictum *L.* 1. *ad L. Jul. de vi publ. Tit. C. ut arm. usus Nov.* 85. Duar. 1. *Disp.* 22. Videtur igitur Reipublicæ vim inferre, inscio principe arma sumens, Jo. Tavard. ad *Rub. C. h. t. n.* 8. sentiens ita dicendum in latiori acceptione vis publicæ, stricte autem vim publicam dici, quæ hostili animo in Rempublicam infertur, atque eo modo vim armatam non esse publicam, sed privatam vocari 5. *Sent. Pauli* 26. §. 3. Contra Hotoman. 7. *Obs.* 6. *Circ. fin.* publicam quoque vim dici sine armis *L.* 7. *de vi publ.* Privatam cum armis *d.* §. 3. Isidor. 5. *Etym.* 26. et Ræv. ad *L.* 152. *de R. J.* quia stuprum inferre, ait, est vis publica *L.* 3. *de vi publ. L.* 29. §. *ult. ad L. Jul. de adult.* Et male, subdit, qui ideo armatam vim dici publicam quod arma publice custodirentur. Nam et fustes et lapides hic armorum appellatione veniunt *L. pen. de vi publ. L.* 3. §. 2. *h. t.* Sed et Duarenum refellit Robertus 3. *Sent.* 22. vid. Decian. *Lib.* 8. *Tr. crim. C.* 1. *n.* 7. Menoch. *Arb. Cas.* 394. Cæterum in Interdicto hoc recuperandæ possessionis usurpatæ solemnia adhibebant, surculo defracto etc. de quibus Ræv. ad *L.* 15. *de R. J. et de auct. prud. Cas.* 9. alia ratione quam si recuperatio judicio pateretur, Joach. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisd. C.* 4. *n.* 16. *et seq.* Atque hoc apud Græcos quoque usitatum, ex Demosth. *Oratione contra Pantanetum* ostendit Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 15. ubi et monstrat multas alias LL. etiam post 12. tab. Romanos a Græcis accepisse.

3) Idque probandum. Unde non datur ei qui possidere non potuit rem, de qua se dejectum dicit, Menoch. *Prælud. Recup. poss. n.* 2. Auditurque objiciens incapacitatem possidendi actori ex. gr. si possesori beneficii ecclesiastici spoliatum se conquerenti, objiciatur, quod sit laicus, qui spiritualia possidere nequeat, *C. caussam* 7. *de præscript.* vel si uxorem repetenti, objiciatur, quod sit monachus, qui uxorem habere nequeat, *C. ex parte* 4. *de restit. spoliat.* Neque enim hic tam contra possessorium quid objicitur, contra regulam spoliatus ante omnia etc. quam possessorium negatur. Menoch. *Recup. posses. Remed.* 15. *Q.* 34. Itemque alium possedisse, cum reus possessionem occuparet *d. Q.* 34. *n.* 435.

igitur horum duorum aliquem. Negant veteres horum quemquam dejici posse, negant quæcumque vis iis inferatur, quominus in re sint, eos hoc interdicto posse experiri. Sit aliquis, qui neque animo neque corpore rem possideat, idest qui omnino rem non teneat. Etiam si fingas hunc dominum esse, qui cum re. suæ nancisci vellet possessionem: ingredi in rem suam vi prohibeatur, placet non videri hunc dejectum, neque hoc interdicto uti posse. *L.* 1. §. *eum qui D. eod.* Sit etiam qui rem teneat, et quidem ex justa caussa, et bona fide, sed non effectu dominantis, qualis est colonus in fundo, inquilinus in ædibus. Quantumvis vi ejiciantur hi ex fundo aut ædibus: non tamen dejici videntur, qui non possidebant, eoque nec utuntur [4] interdicto. *d. L.* 1. §. *dejicitur*, *D. eod.* At datur hoc interdictum colono dejecto in *L. colonus*, *L. cum fundum*, *D. eod.* Sed non ut colono, verum ut ei qui jam cœpisset possidere. Proponitur enim utroque in loco colonus is, qui dominum prius dejecerat. Qua dejectione cœperat possidere, ut qui jam cœpisset se gerere pro domino, atque ita affectu dominantis rem tenere. Id autem est possidere, ut supra dixi. Sed ut si quis non possidet, is nec dejicitur, nec habet hoc interdictum, undecunque sit vi ejectus; ita si quis possidet, in eum cadit, ut possit dejici; ac quisquis ex eo numero dejectus erit, ad hoc interdictum pertinet. Quod ita intelligi poterit, si doceatur in hac re nihil interesse, qua ex caussa quis, quove modo possideat. Et vero nihil interesse veteres declarant. Caussa possidendi duplex; civilis, et naturalis, ut loquitur Ulpianus in *d. L.* 1. §. *dejicitur*, *D. unde vi*, id est, ut suis locis ostendimus, justa, et injusta. Justa, qualis est domini et bonæ fidei possessoris. Injusta, qualis est uxoris in re a marito donata; qualis prædonis in re vi occupata, quam animo dominantis tenet. *Dejicitur*, ait ibidem Ulpianus, *qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat.* Id autem est quod aliis locis declaratur, non tantum videri dominum dejici, qui cum possideret, dejicitur: sed etsi non sit dominus, puta bonæ fidei possessor. *L. Fulcinus*, *D. eod.* Hoc amplius, etsi quis nulla justa ex caussa possideat, ut si mulier dejecta sit ex fundo quem maritus donavit. *d. L* 1. §. *dejicitur.* Immo adeo etsi is qui vi ab aliquo [5] possidebat, id est prædo, sit dejectus. *L.* 1. §. *qui a me*, *Unde vi.* Qualis est colonus ille, qui proponitur in d. *L. colonus*, *d. L. cum fundum*, *D. eod.* qui cum dominum dejecisset, atque ita cœpisset esse prædo: tamen de eo respondetur, si ab alio dejiciatur postea, competere ei hoc interdictum. At quomodo isti possident, qui modo nullam justam caussam habent possidendi, sed habent aperte injustam? Sed diximus alias in possessione solam detentionem spectari cum affectu dominantis conjunctam. In quo hæc sit eum possidere. In summa autem possessionis nihil interesse, juste quis, an injuste possideat. *L.* 3. §. *ex contrario*, *D. de acq. poss.* Atque ut hic ad rem nihil pertinet possidendi caussa: sic nec possidendi modus. Possidet quis per se aut per alios, ut per colonos, inquilinos, familiam, hospites, amicos. §. *retinendæ*, *Inst. de interd.* Qui per hos possidet, etiam his dejectis per hos ipsos dejici intelligitur. *L.* 1. §. *quod servus*, *L. ult. D. eod.* Sed et corpore atque animo possidemus, aut animo solo, cum scilicet nemine in fundo aut ædibus relicto, inde discedimus non animo deserendæ possessionis. Si quis hoc posteriore modo possidet, non minus et hic si reversus prohibeatur ingredi, vi dejectus videtur, et fit locus interdicto. *L.* 1. §. *interdictum autem*, *D. eod.*

V. Etiam res unde quis pulsus est, ad dejectionem facit. Is dejici intelligitur, qui dejicitur de solo, aut rebus solo cohærentibus; puta ex fundo aut ædibus. Ita ad res soli hoc interdictum pertinet; ad cæteras non pertinet, etiam si sint res alioqui capaces, ex quibus quis extrudi possit. Finge aliquem detrahi de vehiculo, aut de nave vi pelli. Placet eum hoc interdicto uti non posse. *L.* 1. §. 1.

4) Datur quidem possidenti naturaliter *L.* 1. §. 9. *h.* scilicet sibi, lege repugnante, non si naturaliter nomine alieno *d.* §. 10. Tavard. *ad Rub. C. h. t. n.* 11. Unde si rem depositam commodatamve dominus vi eripiat, vel colonum inquilinumve expellat in pœnam *L.* 7. *h. t.* non incidit; Don. ad *d. L.* 7. *n.* 3. Sane quandoque ei, qui vere non possedit, sed similem facultatem habuit, si ea dejicitur, succurritur ex æquitate ad exemplum interdicti unde vi. *L. Attilius* 27. *de donat.* judicis officio de quo Menoch. *Recup. poss. Remed.* 17. *et ult.* ubi *n.* 1. 4. *et seqq.* non dari ei qui sua culpa factove possessione cecidit, nisi sit is, cui in integrum restitutio dari solet, ut minor vel Ecclesia. Contra singularem vero successorem dari si sciens possessionem vitiosam esse, titulo lucrativo in ea successit, secus oneroso *n.* 6. *et seqq.* Quod et commodatariis colonis et similibus concedi, communius creditur *d. Remed.* 17. *Q.* 3. *n.* 21. Num autem iis idem, *ex can. redintegrandæ* subveniatur, vid. Menoch. *Recup. Remed.* 15. *Q.* 18. Idem Menoch. *d. Remed.* 17. *n.* 4. *et* 5. eadem æquitate permotos Pontifices judicis illud officium extendisse ad casum, quo lite vel appellatione pendente possessor vel detentor dejectus *C. bonæ memoriæ* 51. *de appellat.* quod vulgo remedium revocatorium attentatorum, reliquis magis privilegiatum cum et contra singularem possessorem detur, nec ei exceptio spoliationis alterius objici possit. Menoch. *d. lo. n.* 34. *et seqq.*

5) Nam et prædo restituendus *C. in litteris* 5. *extra de rest. spol.* P. Greg. 36. *Synt.* 25. *n.* 17. Tavard. ad *L.* 3. *C. de interd. n.* 4. *et n.* 25. Menoch. *Recup. Remed.* 1. Q 11. qui declarat *n.* 111. *et seqq.* contra quosdam nec ex actis constet esse prædonem et nisi notorius sit vel manifestus, Cæs. Concard. ad *L. diffamari C.* 4. *n.* 24. *et seqq.* maxime si velit restitui contra dominum. An prædoni quoque detur remedium *ex. can. Redintegrand.* idem *remedio* 15. *Q.* 1. ubi contra communem affirmat, quia non spoliati persona spectetur, sed spoliatoris, ut illius audacia comprimatur.

§ 1. et 3. seqq. *D. unde vi.* Non alia de caussa, quam quod edicti caussa est, si quis dejectus sit. Non dejicitur autem quisquam, nisi e loco, in quo erat, nec proprie est [6] locus nisi in rebus soli, aut rebus solo cohærentibus. De cæteris rebus pulso non deerunt propriæ actiones. Sunt autem [7] hæ: aut injuriarum, si quis nos his rebus in quas jure nostro et voluntate domini admissi sumus, uti nos prohibeat. *L. injuriarum, §. si quis me, D. de injur.* Aut furti, vel vi bonorum raptorum, si quidem res fuit ex bonis nostris.

VI. Dejiciendi quoque sua ratio est. Dejici quis intelligitur tribus modis. Uno, si quis cum in fundo esset aut ædibus, vi inde pellatur. Quod proprie dejicere est; de quo convenit inter omnes. Vi pelli intelligitur, non tantum qui impulso corpore extruditur alicunde: sed etiam qui ostentato ab adversariis armorum, aut turbæ metu, si maneret, maluit fugere, aut aliter cedere, quam periculum eventus subire; si modo qui ad faciendam vim venerant, possessionem [8] occuparint. *L. 1. §. idem Labeo, D. eod.* Altero modo, si quis cum de agro suo, vel de domo processisset nemine ibi relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi, sive quod in itinere detentus est; sive quod occluso aditu prohibitus, sive quod possessione occupata, cum audisset illic armatos esse, territus non accessit. *L. 1. §. interdictum autem, L. 3. §. si autem, D. eod.* In qua specie versatur caussa Cæcinnæ apud Ciceronem in oratione pro Cæcinna. Tertio etiam is dejici videtur, qui cum in fundo esset, corpore quidem dejectus non est, sed retentus, verumtamen vinctus ab occupante, aut ibi opus facere coactus pro imperio occupantis: quasi non possideat, qui cœpit ab occupante possideri. Idemque est, si quis adversus familiam nostram, per quam possidebamus; idem admiserit. *L. 1. §. antep. et pen. D. eod.* Quod tamen diximus eum videri dejecisse, qui alium possessorem vi expulit: sic accipiemus, nisi eum dejecerit, a quo prius dejectus erat, idque in ipso conflictu, et contentione dejectionis [9] fecerit, non ex intervallo. Qui dejicientem in continenti dejicit, magis possessionem suam retinere, quam novam vi occupare intelligitur. Ideo et adversus hunc cessat interdictum. *L. 1. §. vi possidere, L. 3. §. eum igitur, D. eod.* Neque hoc factum tanquam injustum quisquam improbet. Qui enim in ipsa contentione possessionem suam vi retinet, adhibet quidem vim; sed adversus vim. Vim vi repellere omnibus legibus concessum est. *d. L. 1. §. vim vi. D. eod.* Illud in universum ad omnem dejiciendi modum pertinet intelligi, eum solum dejici videri, qui invitus amittit possessionem. Quod si quis est, qui rerum possessionem alii tradiderit, quanvis vi compulsus, is utique non [10] dejicitur. Ideo et hic cessat unde vi interdictum. *L. si rerum, 5. D. eod.* Sed erit actio quod metus caussa. De qua postea suo loco.

VII. Nondum hæc satis ad dejectionem. Ita dejectus quis de re intelligitur, si etiam dejectionis effectus sit secutus, id est si dejectione possessionem amiserit. Qui corpore suo dejectus de fundo, habet adhuc in eo fundo suos, per quos possidebat, qui dejecti non sint: is ut per eos retinet possessionem, sic nec dejectus videtur. Quam ob caussam etiam placet eum non posse hoc interdicto experiri. Hoc in *d. L. 1. §. hoc interdictum, D. eod.* Merito: quid est enim dejici de gradu, dejici de possessione, nisi inde ita moveri, ut eo gradu et possessione excidas, id est ammittas? Ita plane locus emendandus est in *d. §. hoc interdictum*, qui mendose legitur id omnibus exemplaribus, etiam Florentinis. Sic enim legitur: *non alii autem, quam ei qui possidet, interdictum unde vi competere.* Minime vero ei qui possidet, sed ei soli qui [11] non possidet. Itaque

6) Non dejicitur loco nisi in eo consistens. Non consistimus nisi in re, quæ non movetur. Donel. ad *L. 2. et 3. seqq. C. h. t. n. 2.* belle A. Mass. Gales. *Lib. 2. de Exerc. Jurisperit.* n. 28.

7) Et de colonis ac adscriptitiis fugitivis, ut eorum possessio æque celeriter recipiatur remedium *L. 14. C. de agric. et cens.* de quo Menoch. *Recup. Remed.* 10. Et generatim de quibusvis rebus, etiam mobilibus *ex can. reintegr. 3. Ca. 3. Q. 1.* succurri per voculam *omnia* d. can. et verba *possessiones vel res* etc. pluribus adstruit Menoch. *Recup. Remed.* 15. *Q.* 16. Idemque de quasi possessione jurium et rerum incorporalium per *C. Episcopis Ca.* 3. Q. 1. Menoch. *ibid.* Q. 17. de quibus verius puto interdictum unde vi non dari, quia nulla vera dejectio, diss. Pavard. *ad Rub. C. h. tit. n.* 11. Menoch. *remed.* 1. Q. 8. *n.* 81. *et seqq.* Unde nec in possessione jurium locum esse pœnæ *L. 7. C. h. t.* Don. *ibid. n.* 4.

8) Non igitur si audiens milites advenire, metu territus profugit, si illi non occupent possessionem relictam *L. 3. §. 6. et 7. h. t. L. 9. pr.* vers. *denique quod met. ca.* Quibus non contraria est *L. 33. §. 2. de Usucap.* Quævis enim LL. secundum subjectam materiam accipiendæ. Qui fugit hoc metu, vi non dejectus est, ad hoc scilicet ut habeat Interdictum Unde vi, *d. L. 9. pr. d. L. 3. §. 7.* Quid enim deliquit qui possessionem non intravit: Suo meticuloso animo imputet, quod fugerit, non militibus aliena non appetentibus. Vi autem dejectus idem habetur *d. L. 33. §. 2.* ad id ut possessionem amittat. Merito. Id enim necesse quia et corpore fundo egressus est et animum possidendi habere desiit. Male igitur Pac. 2. *Q.* 70. et Fopp. ab Æzema 2. *Diss.* 25. distinguunt inter eum qui fugit rumore perlato de militibus, sic accipientes *d. L. 9. pr.* et qui visis militibus discessit *d. L. 33. §. 2.* Nam et hanc distinctionem refellit *d. L. 3. §. 6.* et ipsa *L. 33. §. 2.* ubi legitur *existimaverit*, nec dejecta ea voce, reponi debuit *extimuerit* ab iisdem, et Cujac. *ibid.* et ad *d. L. 9. pr.* ac Ant. Fab. ad *d. L. 9. pr.*

9) *L. 17. h. t.* Cujac. 5. *Obs.* 18. vid. Menoch. *Recup. Remed.* 1. *n.* 384. *et seq. et* 2. *Arb. Jud. QQ. Cas.* 11. Ubi nec incidit in pœnam *L. 7. C. h. t.* ast si post intervallum dejecerit, incidit, Menoch. *Recup. Remed.* 9. Q. 19. *n.* 270.

10) Ubi actio Quod metus caussa *L. 9, in fi. Pr. quod met. ca.* Hotom. 6. *Obs.* 15. *in fin.* ubi in *d. L. 5.* quosdam libros habere *si metu*, pro *si rerum* testatur.

11) Ita et Hotom. 7. *Obs.* 6. addens ita legi in Accursianis libris.

que omnino locus restituendus est. Idque eo loco dicere voluisse Ulpianum ex argumento subjecto, quo ad eam rem utitur, evidentius probatur, quam ut attendenti possit esse obscurum. Ille ex Viviano argumenti loco refert id quod modo dicebam, eum qui vi dejectus habeat adhuc suos in fundo, qui dejecti non sint; quandiu id fiat, non posse eum hoc interdicto experiri, quia per eos adhuc possidet. Quod profecto nihil aliud est, quam ei qui possidet, hoc interdictum non competere. Ex quo efficitur non competere alii, quam ei qui non possidet. Et res ita habet. Certi enim juris est, quod ante dixi, interdictum unde vi non esse comparatum nisi ad recuperandam vi amissam possessionem. Unde et recuperandæ possessionis dicitur, *d. L.* 1. in pr. *eod. L.* 1. §. *est igitur*, *Uti poss.* §. *recuperandæ Inst. de interd.* non est autem amissa, nisi ei qui non possidet. Fallere potuit incautos, a quibus hæc corruptio est, quod legitur prius in ead. *L.* 1. §. *interdictum autem.* ubi scriptum est, interdictum hoc nulli competere, nisi ei qui tunc cum dejiceretur, possidebat. Sed male in hac re comparantur tempus dejectionis, et tempus agendi. Nemo dejici potest, nisi qui possidet: nemo hoc interdicto agere nisi qui non possidet. Utrumque manifesta ratione. Non enim dejici quisquam potest, nisi qui nondum dejectus erat, ut sit scilicet adhuc in ea re, unde dejicitur. At non competit hoc interdictum, nisi jam dejecto. Qui autem dejectus est, is jam amplius non possidet.

VIII. Summa hæc est; esse quem dejectum, eum qui quovis modo possidebat, aut pulsus est loco, aut ingredi volens vi prohibitus; dum ita utrumque, ut exinde nec per alios possessionem retineat, atque ita fiat, ut dejectione possessionem amiserit. Hæc definitio ad fructarium non pertinet. Si quis, inquam, fructuarium aut dejiciat de fundo fructuario, aut non admittat venientem, cum ex fundo exisset non deserendi ususfructus caussa; dejici non videtur ex superiore definitione. Etsi enim in hujus persona cætera ad dejectionem concurrunt, quæ ea definitione continentur: tamen hoc deest, quod in eo qui dejicitur, ut possideat, exigimus: fructuarius autem non possidet. §. *idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* Quamobrem nec ex eadem definitione fructuario dejecto interdictum unde vi competit. Et res ita habet: si in superioribus tantum verbis constitisset prætor, non competeret. Sed visum est faciendum esse, ut huic quoque dejecto eodem interdicto [12] uti liceret, et possessionem recuperare. Quam ad rem cum superior pars de iis qui dejecti sunt, non sufficeret, necesse fuit, et nominatim et fructuario cavere, eique si suo modo dejectus esset, interdictum dare. Quod et factum est, propositumque hoc interdictum nominatim, et sejunctum a superiore, tum fructuario, tum ei qui usum constitutum haberet, quocumque modo ex superioribus de fundo aut ædibus, in quibus ususfructus aut usus esset, dejecti uti frui prohiberentur. Hoc in *L.* 3. §. *unde vi*, et deinceps usque ad fin. *D. eod.* Et hoc est, quod ibi initio Ulpianus ita scribit. *Unde vi interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usufructu fundi.* Non sane magis hoc illi necessarium, quam dominis aut bonæ fidei possessoribus dejectis, si ipsum per se interdictum spectetur. Omnes enim dejecti indigent pariter hoc interdicto ad recuperandam possessionem. Sed hoc sentit Ulpianus non ipsum per se interdictum fuisse necessarium fructuario: sed hoc interdictum illi specialiter proponere, id demum fuisse necessarium, si illi consultum esse vellemus, quia, ut dixi, prius illud generale, quod dejectis proponitur, ad fructuarium non pertinet, multoque minus ad eum, qui nudum usum habet in fundo. Ita factum est, ut duplex sit hujus interdicti caussa. Una; si quis qui possidet, dejectus sit, quæ proprie dejectio est. Altera, si dejectus sit qui usumfructum aut usum habet; quos constat non possidere.

IX. Ex hac caussa est interdictum unde vi, seu ea actio quæ hujus loco competens eamdem persecutionem habet. Continetur ea obligatio atque actio et rebus quas persequitur ad restitutionem, et personis, inter quas eo interdicto agitur: de quibus breviter comprehensum est edicto *d. L.* 1. in pr. *D. eod.*

X. Rerum duo sunt genera, de quibus hoc

12) Don. noster ad *L.* 2. *et* 3. *seqq. C. h. t. n.* 2. Facit *L.* 27. *de don.* verbis: *quod fructuario proponitur.* Ratio quia rei emolumentum ad eum pertinet, Cujac. 9. *Obs.* 33. *in fin.* Nec vera ratio est DD. quia naturaliter possidet Menoch. *Recup. Remed.* 1. *Q.* 5. *n.* 70. Nam potius est in naturali possessione, non vere possidet naturaliter, Cujac. *d. lo.* a se dissentiens ad *L.* 4. §. 27. *de Usuc.* Et directum hoc Interdictum non utile. Sed non quia vera fructuarii possessio, ut Menoch. *d. lo. n.* 74. verum quia ex ipsis verbis Prætoris: Emphyteutæ autem et vasallo accommodabitur utile, vid Menoch. *d. Remed.* 1. *Q.* 6. *et Q.* 9. et citat a Treut. *L. P.* 2. *Disp.* 25. *Th.* 5. *lit.* I. *et K.* etiam contra dominum, Vult. *Lib.* 2. *de Feud. C.* 1. *n.* 15. Jo. Schoner. *Lib.* 2. *Disp. Feud. Disp.* 1. *Th.* 54. Gothof. Ant. *Disp. Feud.* 13. *Th.* 4. *lit. D.* Rosenthal. *Synopsi feudal. C.* 12. *Concl.* 3.

hoc interdictum agitur, ut ablatæ restituantur, ut edicti verba ostendunt. Primum res soli, unde quis dejectus est: deinde res omnes mobiles, quas qui dejectus est, ibi habuit, cum dejiceretur. De re soli, unde quis dejectus est, hoc edictum præcipue competit citra controversiam, ut unde quis dejectus est, eo restituatur, ut sunt interdicti verba. Unde interdictum dictum recuperandæ possessionis, ut supra diximus. *d.* §. *recuperandæ*, *Inst. de interd.* Nec quidquam amplius afuit in vetere jure de possessione rei soli amissa, quam hæc ipsa actio ad recuperandam possessionem. Sed accessit postea alia pœna ex constitutionibus, nempe ex *L. si quis in tantam, C. unde vi*, quæ et commemoratur in *d.* §. *recuperandæ*. Pœna hæc, ut qui dejecit, si quidem dominus est, non solum rem restituere debeat: sed etiam ejus rei dominium amittat. Si dominus est, una cum re etiam rei æstimationem restituere cogatur.

XI. De rebus quoque mobilibus hæc actio proposita est: quascumque is qui aliunde dejectus est, ibi habuit, cum dejiceretur, uti edicto expressum est. *d. L.* 1. in pr. Quas habuit, sic accipe, non tantum suas, sed etiam alienas, quæ illi justa aliqua de caussa traditæ sint, ut commodatas, pigneratas, locatas, depositas. *L.* 1. §. *quod autem*, *D. eod.* habuit tunc, additum, ut intelligamus, si quas tunc habuit, quanvis vel casu habere [13] desierit, amiserit; eas nihilominus in restitutionem venire: mora scilicet prædonis obligationem adversus eum perpetuante. *d. L.* 1. §. *rectissime*, *L. pen. D. eod.* Ibi habuit additum, ut ne intelligamus dejectorem teneri aliarum rerum nomine, quas qui dejectus est illic non habuit. *d. L.* 1. §. *ibi.* De his rebus sic propositum est interdictum unde vi separatim a re unde quis dejectus est, ut de utroque genere sine altero liceat hoc interdicto experiri. Si quis de eo fundo dejectus sit, ubi nullæ res mobiles habebantur, aut quæ ibi erant, salvæ relictæ sunt possessori; nemo dubitat, quin de fundi solius possessione agi possit et debeat hoc interdicto. Sed et si res mobiles ibi fuerint, potest is qui dejectus est ita agere de possessione fundi hoc interdicto; ut de rebus mobilibus quæ ibi erant, utatur aliis actionibus, puta aut ad exhibendum, aut condictione furtiva, aut vi bonorum raptorum. E converso, potest de possessione fundi recuperanda deficere interdictum; ut nihilominus de rebus mobilibus, quæ ibi fuerunt, liceat eo experiri. Puta fundum a quo quis dejectus est, vim passo restitutum esse: si cæteræ res quæ vi ablatæ sunt, non restituantur, dicendum est interdictum nihilominus tenere. Hoc in *d. L.* 1. §. *si fundus*, *D. eod.*

XII. Sed hic in omni ista harum rerum mobilium persecutione, quæ jure civili dejecto tributa est, oritur dubitatio, quam recte ista ratione dejecto consulatur. Ut enim nihil amplius tribuatur isti dejecto, quam earum rerum nomine actio, omnis ea ratio videtur dejecto futura inutilis. Nam ut aliquæ res ei restituantur, necesse habet dicere habuisse se ibi res mobiles, et quænam, ac cujus prætii eæ fuerint. Atque ut dicit, et intendit, ita etiam secundum regulas juris probare debet. *L.* 2. *D. de prob. L. actor, C. eod.* At hujus rei aut difficilis est probatio, aut potius nulla. Nam qui venerunt instructi ad vim faciendam, hi summoverunt metu omnes arbitros et testes, qui scire possent, quæ tum res ibi haberentur, aut quales et quanti res. Ut autem ad exhibendum postea agatur, nihil proficias; quia possunt res postea esse subtractæ a prædone. Ita inanis et elusoria hæc omnis actio futura est dejecto. Et res ita est, si hic sequimur regulam juris. Quod cum intelligeret Zeno, auxilium tulit dejecto adversus hanc difficultatem, æquissimum adversus eum qui vi sua probandi facultatem dejecto abstulisset. Exstat igitur ejus constitutio in *L. si quando, C. unde vi.* qua cavetur ut si quis vi dejectus sit, et de rebus quas queratur sibi eo facto ablatas, satis probare non possit; ei et de numero earum rerum, et de æstimatione affirmanti jurato fides habeatur, judice prius ei quantitatem [14] taxante pro personarum et negotii qualitate, ultra quam taxationem jurare non liceat.

XIII. Sed hæ res principales sunt, quæ in hoc judicium veniunt. Veniunt et accessiones, idque ab ipso tempore delicti; puta fructus, et [15] omnis utilitas quæ ad eum qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non esset. *d. L.* 1. §. *omnis*, §. *non solum*, *D. eod.* Sed unde intellectæ a juris prudentibus ista-

13) Don. ad *L.* 2. et 3. *seqq. C. h. t. n.* 6. *et seqq.* Idem est etsi intra tempora judicati res perierint, nec obstat *L.* 14. §. 11. *quod met. ca.* quia id ibi speciale ex ratione adjecta, quod tripli pœna satisfiat, Don. *d. lo. n.* 10.

14) Æquissime, quia culpa et vitio adversarii hoc accidit. Ac ita fieri necesse est si actor jus suum consequi debet, ne alias pluries impune vis inferatur, Don. ad *d. L.* 9. Et inique exiget probationes ab actore, quarum habendarum facultatem ipsi conventus præripuit, Ant. Fab. 18. *Err. Pragm.* 8.

15) Et omnis causssa *L.* 4. *C. h. t. C. gravis* 11. *extra de rest. spol.* Et hi quoque ante omnia, sicut ipsa res, restituendi, vid. Menoch. *Recup. Remed.* 1. Q. 38. Nicol. Everh. Jun. *Vol. Cons.* 1. *n.* 138.

istarum accessionum præstationes? et quæ jam ab initio dejectionis veniant? Nam de rebus quidem superioribus edicto et interdicto expressum est: de istis accessionibus nihil. Et jus acceptum est ex verbo restituendi, quo verbo interdictum utitur, id cavens, ut res superiores restituantur. *d. L.* 1. §. *ex interdicto*, *D. eod.* §. 1. *Inst. de interd.* Restituere est, cum re omnem caussam restituere, id est id omne quod actor habiturus esset, si ex quo tempore res ei restitui jussa est, restituta esset. *L. restituere*, 1. et 2. *D. de verb. signif.* Et hæc quidem eadem ista summa hujus judicii statuitur in *d. L.* 1. §. *non solum*, *D. eod.* Ubi ex Viviano refertur in hæc verba; *in hoc interdicto omnia, quæcumque habiturus, vel adsecuturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui, aut eorum litem a judice æstimari debere.* Quod si ita est, recte dictum est a veteribus aliis verbis, in interdicto unde vi tanti condemnationem faciendam, quanti dejecti [16] interest dejectum non fuisse. *d. L.* 1. §. *non solum*, in fin. *L. in interdicto*, *L. si vi me*, 15. *D. eod.* Nam id quod interest, eadem ista omnia complectitur. Est enim id quod abest dejecto, quodque lucrari potuit. *L. si commissa*, *D. rem rat. hab.*

XIV. Ex his potest intelligi hoc interdictum aliquatenus pœnam continere; dum is qui dejectus est, prosequitur etiam res non suas, consequitur fructus et cæteras rerum utilitates non ex tempore editi interdicti, id est litis contestatæ, ut fit in cæteris; sed jam ab initio ex die quo quis dejectus est. *d. L.* 1. §. *omnis.* Ea propter de supra scriptis rebus non datur hoc interdictum nisi intra [17] annum. Post annum vero de eo, quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, ut edicto expressum est. *d. L.* 1. in princip. *eod.* Hic *annus*, ait Ulpianus, *in hoc interdicto utilis est*, d. *L.* 1. §. *annus.* Utilem dicunt veteres, qui constat trecentis quidem sexaginta quinque diebus, sed utilibus, non continuis. Utiles accipe ad agendum: idest eos solos quibus experiundi potestas fuit. Ut intelligatur is annus, qui aliis verbis describi solet in edictis prætorum, annus quo primum de ea re potestas erit. Ut in *L.* 1. in fin. *D. ex quib. caus. maj. L.* 1. *D. uti poss.* et alibi. Sic hoc explicatur in *L.* 1. *D. de divers. temp. præscr.*

XV. De personis, inter quas hoc interdicto agitur, ita est hujus maleficii obligatio, ita interdictum hinc comparatum, ut sit actio ei qui usus est delicto, adversus eum, qui deliquit. Est igitur propositum [18] dejecto ad recuperandam amissam possessionem, et res supra scriptas. *L.* 1. in pr. *D. eod.* Dejici quis intelligitur et per semetipsum, et per alios. Per se, cum quis aut depellitur ipse de fundo, aut in fundum ingredi prohibetur, cum prius possideret. Per alios is, qui per alios possidebat, si hi dejecti fuerint, ut si procurator meus, vel colonus, vel inquilinus dejecti sint, ego dejectus videor, et mihi, non illis interdictum competit. *L.* 1. §. *quod servus*, *D. eod.* Etiam is per alios, qui possessionem traditurus alicui, eum misit in possessionem: qui autem missus erat, prohibitus est vi ab aliquo, ne ingrederetur. Ut si venditor miserit emptorem in possessionem fundi venditi, is autem a colono qui fundum tenebat non sit admissus. Nihil enim interest, utrum colonus dominum ingredi volentem prohibeat, an emptorem cui jussisset dominus tradi possessionem, non admiserit. Quamobrem et hoc casu placet domino tanquam dejecto competere interdictum unde vi adversus colonum, non autem emptori, qui prius non possidebat. Hoc in *d. L. colonus*, *d. L. cum fundum*, *D. eod.*

XVI. Sed an omni dejecto hoc interdictum competit? Quod quæritur propter eos dejectos, qui prius ipsi vitiose possidebant, puta aut vi, aut clam, aut precario. Quid ergo an etiam his cum dejecti ab alio fuerint, hoc interdictum dabitur sine exceptione; an vero hac exceptione removeri poterunt, quod dicantur vi, aut clam, aut precario prius possedisse, quasi inique querantur de vitio alienæ possessionis, quo prius ipsi laborabant? Et constat, si is qui dejectus est, possederit vi aut clam, aut precario ab alio, quam qui dejecit, competere dejecto, et semper competiisse hoc interdictum, sine ulla exceptione, ut unde dejectus esset, eo restitueretur, omissa quæstione quo jure ab aliis possederit. *L.* 1. §. *qui a me*, *D. eod.* Quod si dejectus ita possederit ab eo, qui dejecit, exstant in Pandectis vestigia veteris distinctionis, ex qua licet intelligere duo olim fuisse interdicta unde vi, dissimili hac in re effectu. Unum de privata, quæ fit sine armis, alte-

16) Etsi quod interest excedat valorem rei *d. L.* 6. Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 180. Omne enim damnum quod emersit præstandum, ut quantum abstulit læsio, tantum reddat restitutio: Menoch. *Recup. pos. Prælud. n.* 6.

17) Menoch. *Recup. Remed.* 1. *Q. ult.* Olim hoc proprium Quotidiani Interdicti fuisse et perpetuum interdicti de vi armata, Cic. 15. *Ep. fam.* 16. Hotom. 7. *Obs.* 6. Quanto autem tempore remedio *ex. can. redintegrandæ* præscribatur vid. *idem Remed.* 15. *Q.* 33.

18) Item heredibus dejecti *L.* 1. §. 44. *h. t.* Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 185. Sed si defuncto eo occupata possessio, non nisi prius eam corporaliter apprehenderint, vid. Toming. *Decis.* 11. et cæteris successoribus *d.* §. 44. Sed num remedium *ex can. reintegr.* competat cessionario, itemque an singulari successori, in quem res sine cessione alienata, vid. Menoch. *Recup. Remed.* 15. *Q.* 10. *et* 12.

alterum de vi armata, ei qui armis dejectus esset. Hinc illa inscriptio hujus tituli in Pandectis, *De vi, et de vi armata.* Quæ sic accipienda est, ut initio dixi, quasi ita scriptum esset De interdicto de vi, et de interdicto de vi armata, ut prioribus verbis significetur interdictum unde vi, sed de vi privata. Interdicti de vi armata conceptio hæc fuit, ut qui armis esset dejectus, juberetur sine exceptione eo restitui, unde dejectus esset, quanvis vi, aut clam, aut precario possideret. Etiam ab eo, qui dejecisset, ut significantur in *L. sed si vi*, 14. *D. eod.* Contra ex interdicto de vi privata ita restitutio dejecti fuit, si nec vi nec clam nec precario [19] possideret ab eo, qui dejecit, aut hoc modo possidens dejiceretur ab alio, quam a quo ita possidebat. Hæc enim conditio addita est in *L.* 1. §. *qui a me, D. eod.* Qua conditione si quidem alibi non explicetur res apertius, non potest aliud significari, quam non eodem modo competiturum fuisse interdictum dejecto, si vi possideret et ab eo qui dejecit. Sed quia nihil in hanc partem aperte exprimitur usquam in Pandectis; non dubitabimus hanc collectionem repudiare, si usquam alibi generaliter hæc exceptio ab omni interdicto unde vi removeatur. Quod cum factum sit in §. *recuperandæ, Inst. de interd.* eam sententiam sequemur, tenebimusque quod illic tanquam consulto repudiata superiore distinctione generaliter difinitur interdictum unde vi comparatum recuperandæ possessionis caussa ei proponi qui dejectus fuerit, licet is ab eo qui vi dejecit, vi vel clam vel precario [20] possideat. Nec immerito hanc sententiam tenebimus ad omnem vim pertinentem. Nam vis omnis sive privata, sive publica pariter est adversus bonos mores, et usque adeo indigna auxilio, ut visum sit utramque vindicandam legibus Juliis publicorum judiciorum. Neque vero mirum est, si adversus restitutionem quæ adversus vim postulatur nullam exceptionem admittimus, cum placeat etiam in his quæ vi aut clam facta sunt, in quibus minus delictum est, eum qui fecit adversus vim vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri posse. *L.* 1. §. 1. *D. quod vi aut clam.* Atque hinc sumptum illud vulgatum, et receptum inter omnes [21] spoliatum ante omnia esse restituendum.

XVII. Datur hoc interdictum adversus duo genera personarum: eum qui [22] dejecit, et eum cujus familia dejecit, ut edicto comprehensum est, *d. L.* 1. in pr. Si quis dejecit, adversus hunc sine hæsitatione, et hunc solum. Quod cum dicimus, duo dici intelliguntur. Primum eum qui dejecit, teneri hoc interdicto hoc ipso quod dejecit: proinde etsi non possideat Tum si quis non dejecit, ut maxime possidere cœperit eam rem unde dejectio facta est; tamen hoc interdicto non [23] teneri. Et horum utrunque a veteribus traditum legimus: nempe hinc sumptum. Prius in *L.* 1. §. *ex interdicto, D. eod.* posterius in *L. cum a te, D. eod.* Prius eo spectat, ut intelligamus, quanvis ædes unde quis dejectus est, incendio consumptæ sint; fundus ab hostibus occupatus, res mobiles quæ ibi erant, casibus fortuitis interierint, nihilominus istarum omnium rerum nomine teneri eum, qui dejecit. *L.* 1. §. *rectissime, D. eod.* Neque hic metuemus, ne dicatur is qui dejecit, interitu rei debitæ, qui sine ejus culpa contigerit, liberari secun-

19) Paul. 5. *Sent.* 6. §. *ubi* Cujac. *et* 6. *Obs.* 4. (nec discrimen adhuc obtinere inferens *ex L.* 17. *h. t.*) Duar. 2. *Disp.* 20.

20) Hot. 7. *Obs.* 6. Don. ad *L.* 8. *C. h. t. n.* 5. *et* 6. Objic. Paria delicta mutua pensatione tolluntur. Resp. Don. *n.* 8. regulam obtinere, quando delicta utrimque objici possint.

21) *L.* 8. *C. h. t. L.* 7. *C. ad L. Jul. de vi publ.* sine mora et cunctatione *L.* 14. *C. de agric. C. nullus* 3. *Ca.* 2. *Q. Cap. conquerente* 7. *extra de rest. spol.* fuse Menoch. *Recup. Remed.* 1. Gail. 2. *Obs.* 75. *et seqq.* Gomez. *in. L. Tauri* 45. *n.* 183. Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 3. *C.* 19. *et ult. et Lib.* 1. *Canon. QQ. C.* 34. Erm. Esai. Rosacorb. *Pract. forens. C.* 3. 5. 36. *et* 40. An hic magis spectetur favor dejecti, an odium invasoris, Menoch. *d. Rem.* 1. Q. 1. Extenditur hæc regula etsi dominum se dicat qui dejecit, vid. *N. seqq.* Ac etsi possessio mere civilis, uti quæ in heredem transit ipso jure ex consuetudine Galliæ etc. Menoch. *d. lo. Q.* 37. Ac etsi actor renunciaverit dominio *d. lo. Q.* 23. vel pactus sit ante spoliationem se non acturum, quia pactio invitat ad deliquendum *Q.* 26. vel juraverit ante spoliationem Q. 25. Restringitur. Nisi juraverit post spoliationem *d. Q.* 25. Nisi tertius interveniens rem suam dicat. Menoch. *d. lo. Q.* 33. *Minsing.* 2. *Obs.* 1. Item nisi passus sit actor litem super caussa dominii tractari ut si oppositam dominii exceptionem admisit, Menoch. *d. lo. Q.* 15. Covar. *Pract. QQ. C.* 23. *n.* 3. Et nisi ex restitutione irreparabile damnum metuatur, si periculum sit ne sententia in petitorio deinde ferenda fiat elusoria, Menoch. *d. lo. Q.* 28. *etc.* Henring. *de Fideic. C.* 10. *n.* 328. *et seq.* Quid in spoliato a judice? Vid. *L.* 6. *C. h. t.* ibique Don. Menoch. *Recup. Remed.* 8. Gail 2. *Obs.* 76. An exceptio retentionis ratione impensarum et meliorationum admittatur, Menoch. *Remed. Recup.* 15. *Q.* 29.

22) Etsi dominus sit *L.* 4. §. 26. *de usucap.* Nec exceptio dominii objici potest. Tiraq. *Tr. le Mort saisit le vif. P.* 6. *Decl.* 5. *n.* 1. add. *supra Lib.* 9. *C.* 9. *N.* 1. Quin et hoc casu dominus fructus, quos post prædonem dejectum collegit, restituere tenetur, Vand. 1. *Q.* 15. *n.* 13. *et seqq.* Quid is per confessionem dejecti constet de dominio spoliantis, vid. Menoch. *Recup. Remed.* 1. *Q.* 16.

23) Atque ita non datur contra singularem successorem, quia hoc Interdictum pœnale est. Don. *ad L.* 2. *et seqq. C. h. t. n.* 4. et mere personale, cum alia Interdicta personalia quidem etiam sint, sed in rem scripta. Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 186. vid. Menoch. *d. Remed.* 1. *Q.* 13. Sed nec contra eundem remedium *ex can. redintegrandæ* fuse Menoch. *Recup. Remed.* 15. *Q.* 10. Diss. Mynsing. 3. *Obs.* 85. Habetur autem Jure Canonico proditum remedium *C. sæpe* 18. *de rest. spol.* de quo Menoch. *Recup. Remed.* 16. videlicet condictio ex canone ibid. *n.* 4. *et* 5. Quæ competit contra successorem, quemcunque etiam mediatum ibid. *Q.* 7. si scivit, (Quod probandum est, nisi notoria sit spoliatio, et nisi præsumptio scientiæ quæ quandoque ex consanguinitate et vicinitate oritur ibid. *Q.* 5.) possessionem vitiosam; (Secus si alienam quidem, sed non vitio violentiæ affectam ibid. *Q.* 4.) dum acciperet. Secus si ex post facto resciverit, ut contra communem Menoch. *d. lo. Q.* 2. quod tamen post. Coras. *in L.* 12. §. 1. *de acq. Poss. P.* 2. *n.* 32. declarat, ibid. *n.* 22. *et seqq.* nisi lucrativa caussa acceperit, et nisi immediatus occupator non solvendo. Tunc enim et Interdictum hoc nostrum competere, idem *Remed.* 1. *n.* 154. Contra heredes ex caussa hujus Interdicti actio in factum id quod ad eos pervenit *L.* 1. §. *ult. L.* 3. §. 1. *L.* 9. *D. L.* 2. *C. h. t.* ubi Don. *n.* 4. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 185. Menoch. *d. Remed.* 1. Q. 14.

secundum regulas juris. *L. quod te, D. si cert. pet. L. si ex legati, D. de verb. obl.* In culpa enim debitoris maxime est ejus mora: quæ et ipsa ob eam caussam perpetuare obligationem dicitur, quasi res exstaret. *L. si rem*, §. 1. *L. si servum*, §. *sequitur, D. de verb. obl.* Quod si in eo, qui vi dejecit, mora quæritur, is jam a principio delicti plusquam frustator debitor constitutus esse intelligitur, ut in hanc sententiam scriptum est in *L. pen. D. eod.* quod et traditum est de fure in *L. ult. D. de cond. furt.* Quod autem placet hoc interdicto possessorem non teneri, qui non deliquit, satis declarat id quod initio dixi, hoc interdictum atque omnem hanc actionem de possessione recuperanda actionem esse in personam, non in rem; alioqui competeret adversus omnes possessores ejus rei, a qua quis dejectus est, ut est natura omnium actionum in rem. *L. actionum, D. de obligat. et act.* Hinc necessario hanc quæstionem, ut quoniam actio in personam obligatum petit, quærendum hic sit, unde sit ista obligatio: quando nisi ex suprascriptis quatuor generibus caussarum nulla possit obligatio nasci. Nos initio ex maleficio nasci diximus, et ob id ad hunc locum debuisse omnino referri.

XVIII. Tres autem sunt, qui dejicere intelliguntur. Ante omnes qui manu et corpore, seu per se dejicit: quem constat proprie dici dejicere. Proximus [24] qui mandavit, vel jussit ut quis dejiceretur. Parvi enim referre visum est, inquit Ulpianus, sive manibus quis dejiciat, an vero per alium. *L.* 1. §. *ait*, vers. *dejecisse*, *L.* 3. §. *cum procurator, D. unde vi.* Et ideo hoc casu duo eodem tempore tenentur hoc interdicto: qui dejecit (neque enim alieno mandato excusatur, qui deliquit) et qui mandavit, quasi et ipse dejecerit. Hactenus tamen, ut litis æstimatione ab uno præstita alter liberetur. *d. L.* 1. §. *quoties, D. eod.* Sic enim desiit actoris interesse. Non est autem hæc actio nisi in id quod actoris interest, ut ante diximus. Tertius mandanti similis, qui cum alius dejecisset ipsius nomine, dejectionem ratam habuit. Placuit enim ut in contractibus ratihabitio mandato comparatur. *L. ult. C. ad sen. Mac.* sic et in maleficiis. Proinde et eum qui id fecit similiter iuterdicto teneri. *d. L.* 1. §. *quoties, D. eod.* Sed cum hoc interdictum contineat atrocitatem facinoris, placuit ex hac caussa actionem ita demum liberto adversus patronum, liberis in parentes dari, ut detrahatur vis mentio. Et solum ad restituendam possessionem agatur: præterquam si vi armata usus sit adversus libertum patronus, adversus liberos parens. *L.* 1. §. *ex interdicto, D. unde vi.*

XIX. Datur et hoc interdictum adversus eum cujus familia dejecit, quanvis nec jubente aut mandante eo factum sit, nec factum ratum habente, *d. L.* 1. in princip. §. *ait*, §. *quod igitur*, *eod.* Iniquum hoc, dixerit aliquis, et contra jus dominum aut patremfamilias teneri ex delicto familiæ, qui ipse nihil deliquit: alieno facto onerari, qui nihil fecit. *L. sancimus, C. de pœn. L. de pupillo*, §. *si plurium res., D. de op. no. nunt.* Iniquum sane, si simpliciter et absolute daretur hoc interdictum in eum, cujus familia dejecit. Nunc autem ita dari interpretatur Ulpianus, ut nihil hic sit non recte et sine injuria domini constitutum. Idque explicat in *d. L.* 1. §. *quod igitur.* Ad hanc sententiam. Aut enim ex dejectione familiæ aliquid ad eum pervenit, aut nihil. Si pervenit: æquissimum est id eum restituere, et non locupletari cum detrimento alterius. *L. nam hoc natura, D. de condiction. indeb.* Quinetiam recidit in maleficium domini, nisi reddit. Cum enim male parta non reddit, eodem maleficio se alligat, dum non solum factum eum probat, ac veluti ratum habet; sed et ex eo quæstum quærit. Quod si nihil ad eum pervenit: placet eum hactenus teneri, ut sit adversus eum actio tantum noxalis: id est ea qua si litis æstimationem præstare velit servis retentis, bene sit. Sin minus, servus maleficii caussa noxæ dedendo liberetur. Atqui ex cæteris maleficiis servorum hæc eadem esset adversus dominum actio. *L.* 1. *D. de noxal. act.* Ideo veteres in hoc edicto familiæ verbo servos intellexerunt, et eos qui loco servorum [25] habentur: filiosfamilias et mercenarios negant contineri: ex quorum dejectione dant tantum utile interdictum, *d. L.* 1. §. *familiæ, et si filiusfamilias, D. eod.* Non sane quia hi ea appella-

24) Dejicit et qui mandat *L.* 152. §. 1. *de R. I.* a mandante enim est actionis initium. Quin si servo mandatum, is non proprie et simpliciter facit, sed quodammodo, ut manus hominis et instrumentum, P. Fab. *ad d. L.* 132. §. 1.

25) Id est bona fide servientes, Gœd. *ad L.* 40. §. 2. *de V. S.* Sed etsi unicus servus dejecit, familia dejecisse videtur *d. L.* 1. §. 17. Menoch. *Remed.* 1. *n.* 53. Non obstat *L.* 40. §. *ult. de V. S.* Non enim ea sic accipitur quasi duo aut unus familiæ appellatione non contineantur, nec de eorum facto, tanquam familiæ agatur, sed an duobus familia constituatur. Duo *non faciunt* etc. Ast in *d.* §. 17. non quæritur quot personæ familiam conficiant, sed de mente prætoris qui in verbis interdicti *aut familia tua dejecit*, non respexit ad collectionem personarum, sed ad familiam, tanquam totum, sed singulos, qui in familia essent designare voluit, scite Gœd. *ad d. L.* 40. §. *ult. n.* 3. *et* 4.

latione non contineantur: quos alibi in eo numero poni constat: sed quia non in hoc edicto, idque ex edicti et prætoris sententia. Iniquum est enim patremfamilias ex delicto familiæ latius obligari, quam ut eos qui deliquerunt, noxæ dedendo possit liberari. Soli autem servi noxæ dedi possunt: non etiam liberi. Ideo et ex illorum tantum maleficiis noxales proditæ, non etiam liberorum, §. *ult. Institution. de nox. action.* Sed quid refert, dicat aliquis; cum si filiusfamilias, aut mercenarius vi dejecerit, ut placeat utile interdictum competere? *L.* 1. §. *si filiusfamilias, D. eod.* nam utilis at directa actio re ipsa eamdem potestatem et eundem effectum habent. *L. antep. D. de negot. gest.* Sed ex facto filiifamilias aut mercenarii hactenus tenetur paterfamilias, ut restituat si quid inde ad eum pervenit, non amplius. *L. in interdicto*, 16. *D. unde vi.* Quod adversus patrem constitui non minus æquum est, quam adversus dominum ex delicto servi ob eas caussas quas paulo ante in servo reddidi.

XX. Hactenus jus vetus quod fuit de interdicto unde vi, et adversus eos qui res soli alienas occupassent; ut quidem jus fuit ante tempora Justiniani. In eo Justinianus singularia duo induxit. Nam cum interdictum unde vi non sit comparatum nisi adversus eos, qui aliquem vi, et ea atroci dejecerunt, nec ad aliam vim interdictum pertineat: *L.* 1. in pr. et §. 1. *D. eod.* Justinianus cavit, ut etsi quis rem alienam possessoribus vacuam sine vi occuparit, tamen pro prædone habeatur, et teneatur eo jure, quod pro restituenda possessione contra prædones veteribus declarata sunt legibus: sic enim loquitur [26] in *L. ult. C. unde vi.* Quibus verbis indicavit interdictum unde vi, quod adversus id genus invasorum propositum esse ante didicimus. Nam ut hic intelligamus etiam pænam amissionis dominii, aut rei et æstimationis restitutionem, quæ pœna constituitur adversus violentas invasiones in *L. si quis in tantam, C. unde vi.* neque verba superiora Justiniani patiuntur, quæ scripta sunt non de dominio, aut æstimatione rei, sed de sola possessione restituenda: et pœna *L. si quis in tantam*, gravior est, quam ut ea quæ nominatim constituta est adversus eos, qui quadam velut furoris audacia violenter res invaserunt, debeat ad eos qui sine vi occuparunt, sine aperta constitutione transferri. Illud etiam singulare ac novum, quod idem constituit de his, per quos rem aliquam absentes possidemus; puta colonis, inquilinis, amicis, hospitibus qui nostro nomine sunt in possessione. Nam si hi dejecti fuerint, non ipsi dejecti intelliguntur, sed nos qui per eos possidebamus: unde nobis interdictum competit. Ipsis quidem competere non potuit, ut qui prius non possiderent, *d. L.* 1. §. *quod servus, L. ult. D. eod.* Justiniani constitutio est in *L.* 1. *C. si per vim vel al. modo.* qua audaciam repressit eorum, qui absentia dominorum audaciores facti dejiciunt eos, qui tantum erant in possessione: et ne ideo sibi blandiantur, quasi impune laturi, dum neque dominus absens subvenire potest, neque ipsi qui sunt dejecti, possunt interdicto experiri: Ultro his dejectis actionem ad possessionem recuperandam dedit, et quidem nullo exspectato domini mandato, et nihilominus absentibus dominis actiones suas integras [27] reservavit.

CAP.

26) Vid. Don. noster *ibid.* Menoch. *Recup. poss. Remed.* 13. ubi *n.* 37. *et seqq.* tractat an heredi ex. *d. L. un.* subveniatur, contra occupantem res hereditatis jacentis, quod negat.

27) De quo Menoch. *Recup. poss. Remed.* 6.

CAP. XXXIII.

De vi adhibita ad impediendam, turbandamve alienam possessionem: de interdictis seu actionibus adversus eam vim comparatis: et de interdicto uti possidetis.

Vis turbatæ possessionis civili actione coercetur. Duplex impediendæ possessionis ratio, et quæ. I.
Adversus eum qui manu seu corpore vim fecit interdicta duo prodita; et quæ: rerum methodus. II.
Interdicti caussam res quatuor continere:
1. *ut quis possideat.* III.
   Exceptio. IV. V.
2. *Ut rem soli, non mobilem. Quid jure novo.* VI.
3. *Ut litis contestatæ tempore possideat: et nec vi, nec clam, nec precario ab adversario.* VII. XIII.
4. *Ut quominus ille possideat, vis inferatur. Vim facere quid.* VIII.

Vis possidenti objicitur aut inficiatione possessionis, aut re et facto aliquo. IX.
   Quomodo possessionis inficiatione. X.
   Quomodo re et facto. Domino quod in hanc rem præsidium comparatum. XI.
Potestas et vis interdicti in eo posita, ut possessio retineatur, et damna sarciantur; modo sint ex interdicto petita intra annum. XII.
Est interdictum hoc adversus eum qui non possidet; aut vi, clam, precario possidet ab adversario. XIV.
Si is quicum agitur, ipse possideat: uterque tuendus in possessione; uterque a persecutione ejus quod interest, absolvendus. XV.
Adversus incommoda talis judicii quod remedium a Justiniano proditum. XVI.
An duo unám rem in solidum possideant. Conciliatur L. 3. *in pr.* D. uti possid. *cum* L. 3. §. ex contrario D. de acq. poss. XVII.
Cur de cloaca negetur hoc interdictum; et cur ejus ibi injecta mentio. XVIII.
Utilem actionem ex interdictis utrubi et uti possidetis esse ex maleficio. XIX.

I. HÆc ergo remedia sunt adversus vim qua res alienæ immobiles invaduntur, omnemque earum rerum injustam occupationem, sive hac possessio adimitur veteri possessori, sive illo ignorante per ejus absentiam vacua possessio occupatur. Est et vis alia adversus alienam possessionem. Ea est ut proposui, qua possessio possessori non adimitur, sed minuitur. Quod fit, cum vetere possessore non dejecto sed manente in re possessa, turbatur ei possessio, id est prohibetur tantum quibusdam in partibus re sua libere uti. Vindicatur hæc quoque vis edictis prætorum, nulla criminali actione adversus vim, sed tantum pecuniaria et civili ad eam rem actione privato cuique constituta. Sed non uno modo: uti nec ea vis uno modo infertur. Impediendæ turbandæque alienæ possessionis duplex est ratio. Aut enim hic vis fit manu seu corpore, aut opere facto in ea re, cujus possessio aliena est. Adversus eam vim, quæ fit opere facto in alieno, comparatum interdictum commune unum, quod appellatur, quod vi, aut clam, de quibus dicam breviter ordine, si prius monuero ubique hic interdictorum verbo intelligere nos actiones utiles, quæ nunc loco interdictorum competunt. §. *ult. Inst. de Interd.*

II. Adversus priorem vim in rebus corporalibus proposita interdicta duo: de rebus soli interdictum Uti possidetis: de mobilibus interdictum Utrubi. §. *retinendæ*, § *sed interdicto*, *Inst. de interd.* Nomina ut in aliis interdictis nata ex primis verbis interdictorum. Ita enim verba erant: Uti eas ædes possidetis: *L.* 1. in pr. *D. uti poss.* et, utrubi hic homo majore parte anni fuit. *L. unica D. utrubi.* Utriusque interdicti caussa olim nonnihil [1] dissimilis. Nunc et caussa et vis eadem: ut si a rebus discesseris, quarum nomi-

1) Interdictum Uti possidetis refertur in præsens tempus *L.* 1. §. 2. *de Interd.* Et eo vincit is qui tempore redditi interdicti, seu litis contestatæ nec vi nec clam, nec precario ab adversario possidet rem soli. Interdictum autem Utrubi vincebat apud quem res mobilis fuit majori parte anni, licet tempore interdicti, seu litis contestatæ non esset d. §. 4. *I. de Interd.* Paul. 5. *Sent.* 6. §. 1. Cujac. 5. *Obs.* 22. *e ad L.* 156. *de V. S.* Menoch. *Retin. poss. Remed.* 1. *n.* 1. *et* 2. Major autem anni pars in eo Interdicto Utrubi, non ad numerum dierum mensiumque, quibus annus constituitur, sed ad possessionem adversarii refertur, ut sufficiat possedisse experientem diutius, quam adversarium

mine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit, ut declaratur in *d.* §. *sed interdicto, de interd.* Itaque qui de interdicto uti possidetis cognoverit, de utroque cognoverit. Ejus interdicti verba hæc sunt; *Uti eas ædes quibus de agitur; nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis; quominus ita possideatis, vim fieri veto.* Exstat in *L.* 1. in pr. *D. uti poss. L. unica, C. eod.* Est autem hæc sententia: propositum esse hoc interdictum ei qui possidet ad tuendam retinendamque possessionem adversus eum, qui vim facit, quominus possideat. Id quid contineat, partibus hujus actionis distincte expositis intelligetur. Summa autem in eo quemadmodum in superiore interdicto, ut de caussa actionis primum; deinde de vi et potestate quæratur.

III. Interdictum hoc atque hæc actio ex hac caussa nascitur, si quis cui vim facit, quominus rem soli possideat, dum faciat ei qui possidet nec vi nec clam, nec precario ab eo, qui vim facit, et qui cum ex interdicto agitur. Caussa satis verbis superioribus interdicti exposita, dum interdicto hæc vis prohibetur. Hinc enim licet intelligere, si contra quam interdicto cautum est, factum erit, adversus eum qui fecit, vim et potestatem interdicti exerceri, idest, actioni locum esse. Hæc caussa, ut apparet, quatuor continet. Primum exigit, ut sit [2] qui possideat. Possessorem, inquit Ulpianus, hoc interdictum tueretur: utpote hujus rei caussa propositum, ne vis fiat ei qui possidet. *L.* 1. in pr. §. *est igitur*, §. *pen. D. uti poss.* Inde dictum, creditores missos in possessionem rei servandæ caussa interdicto uti possidetis uti non [3] posse: tantum ideo, quia non possident. Quod et de similibus omnibus qui non possident, idest, qui affectu dominantis non tenent, dicendum est. *L.* 3. §. *creditores, D. uti poss.*

IV. Exceptus hoc loco fructuarius. Quem constat non possidere. §. *idem placet, Inst. per quas pers. nob. acq.* Si tamen ei vis fiat quominus re fructuaria libere utatur, placuit ei hoc interdictum dandum non tantum adversus alium fructuarium, sed etiam adversus alium possessorem. Hoc Ulpianus in *L. ult. D. eod.* Et tamen ita, ut facile declaret sententiam hanc suam esse, verbis autem edicti non contineri. Ait enim se putare hoc interdictum inter fructuarios reddendum. Quæ verba sunt non affirmantis, ut fit in jure certo; sed ut in re dubia sententiam suam proferentis. Et constat hujus sententiæ ratio: quæ facile ducitur ex edicto superiore. Nam si quis fructuarium utentem fruentem dejiciat de fundo fructuario, propositum est ei nominatim interdictum unde vi ad recuperandam amissam naturalem possessionem, quanvis proprie non dejiciatur, qui non possidet: in quo numero est fructuarius. *L.* 3. §. *unde vi, D. de vi.* Quando magis dicendum est ei adhuc in fundo versanti interdictum hoc [4] dandum ad retinendam possessionem, si ei vis fiat, quominus libere utatur? Nemo enim ignorat facilius ea quæ sunt, retineri: quam quæ penitus non sunt, institui aut instaurari. *arg. in L. patre, D. de his qui sunt sui vel al. jur.*

V. Etiam hoc loco superficiarius exceptus est. Superficiarum vocamus, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem præstet. *L. in speciali*, §. ult. et *L. idest*, seq. *D. de rei vind.* Superficiei alieno solo impositæ dominus et civili et naturali jure non alius esse potest, quam is cujus est solum: cum omne ædificium cedat solo. *L. ult. D. de superf.* §. *cum in suo. Inst. de rer. divis.* Ita fit utroque jure, ut superficiarius non sit dominus. Quamobrem nec affectu domini rem tenere, ac proinde nec possidere posse intelligitur. Quæ res ei hoc interdictum adimebat. Sed placuit jure prætorio utilitatis caussa superficiarium in superficie ipsa pro domino haberi: proposita etiam ei tanquam domino in rem actione. Quo admisso, consequens fuit, ut et ei rem te-

L. 156. *de V. S.* Ex. gr. Servum per 2. menses possedi; Tu eum, prætendens ad te pertinere, abducis. Mensem unum apud te moratur. Interdicto ego experior. Vinco tanquam qui majore parte anni possedi, Gœd. ad *d. L.* 156. Utrubi, id est utro in loco, Menoch. *d. Remed.* 2. *n.* 7. Et vocatur Utrubi, ac Utrabi, Cujac. 5. *Obs.* 22. Licet autem tempore Ulpiani obtinuerit exæquatio *L.* 1. §. 1. *Utrubi*, tamen cum Imperator *d.* §. 4. *I.* per verbum *hodie* ostendat discrimen ante sua tempora superfuisse, dicendum cum Barone 6. *Manual. Tit.* 17. aliam fuisse exæquationem, de qua *d. L. un.* §. 1. ubi requiritur possessio actoris tempore inquietationis, aliam Justiniani requirentis solum tempore litis contestatæ, sicut et sufficit, Interdictum ut possidetis quia verbo illius non: Uti possedistis, sed possidetis. Ex parte igitur exæquata vis tempore Ulpiani non in totum, nec discrimen superius sublatum erat. Quia adhuc Utrubi dabatur, qui majori anni parte possederat 5. *Sent.* Pauli 6. §. 1. ac præterea ei qui dum inquietaretur, (diss. Menoch. *d. Remed.* 2.) nisi forte verius est vers. *sed obtinuit d. L. un.* §. 1. a Triboniano adsutum, sui temporis usum spectante, qui tamen ideo nullius falsi insimulari meretur, cum id ipsi optimo jure licuerit *Const. tanta* §. 10. *de confirmat. Dig.*

2) Non autem datur simplici detentori, quia nec Interdictum. Unde vi, quod favoralibus, illi competit et ratio *L.* 3. §. 8. *h. t.* generalis est, Don. ad *L. un. C. h. n.* 1. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *Q.* 5. *n.* 46. Quid si civiliter tantum seu animo solo possideat, Menoch. *d. lo. Q.* 2. ei hoc Interdictum succurri vult, ac tunc posse petere actorem possessionem naturalem sibi restitui, et in civili non turbari, ut si dum ad nundinas profectus possessor, rem vacantem quis ingressus. Quid si possessio sequestrata, num hoc interdictum illi qui ante sequestrationem possedit: an sequestro datur? Menoch. *d. lo. Q.* 4. Prius statuit, si sola naturalis possessio translata sit etc.

3) Aliud in misso ex secundo decreto, itemque ex conventione inter contrahentes inita, itemque in casibus quibus ex primo decreto missus vere possidet, vid. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *Q.* 25. *et* 2. *seqq.*

4) Don. ad. *L. un. C. h. t. n.* 3. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 8 *n.* 71. Cum autem non, sicuti superius, ipsis edicti verbis illi proditum sit, utile videtur hoc interdictum non directum, ut recte Accurs. in *L.* 1. *pr. h. t.* reprobante licet Menoch. *d. Q.* 8. *n.* 75.

tenenti tanquam possessori [5] daretur interdictum uti possidetis. Quod et provisum est eodem edicto. Estque ea sententia *Tit. de superficiebus, Digestor.* ut declaratur maxime in *L.* 1. in pr. §. 1. §. *proponitur*, *D. eod. tit.* ut non abs re subjectus sit is titulus titulo *uti possidetis.*

VI. Non est satis ad caussam hujus interdicti simpliciter possidere. Interdictum in hac possessione et rem certam quæ possideatur, et certum possidendi modum exigit. In re ergo proximum est, uti quis possideat [6] rem soli. In quo ædes ne quis possideat, an fundum, nihil interest. Æque enim in omnibus possessionibus quæ sunt soli, interdictum locum habet, sive quis totum fundum possideat, sive partem certam, sive pro indiviso. *L.* 1. §. *pen. D. uti poss.* §. *sed interdicto, Inst. de interd.* ut appareat, quod ædes appellantur ex interdicto, exempli caussa scriptum esse: sententia autem ad omnes res ejusdem generis pertinere. Cæterum rem soli esse oportet. De rebus mobilibus est interdictum [7] Utrubi et ut est in *d.* §. *sed interdicto.* Interdicto quidem Uti possidetis de fundi vel ædium possessione contenditur: Utrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quam differentiam olim notare opus fuit, quo tempore vis et potestas horum interdictorum fuit longe diversa. Nunc postquam hæc exæquata est, utro in his aut illis rebus utamur, non magnopere ad rem pertinet. Id autem quale sit, explicatur in *d.* §. *sed interdicto, Inst. de interd.*

VII. Tertium est ad caussam hujus interdicti in possidendi modo, ut qui possidet, rem [8] possideat nec vi nec clam nec precario ab adversario. *L.* 1. in pr. §. *perpetuo, D. eod. L. unica. C. eod. d.* §. *sed interdicto.* Is dicitur ab aliquo vi possidere, qui vetere eo possessore expulso occupatam per vim possessionem tenet. *L.* 1. §. *vi possidere, D. unde vi.* Clam ab aliquo possidere is dicitur, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo cujus controversiam metuebat, aut metuere debebat. *L. clam*, 6. *D. de acq. poss.* Precario possidet ab aliquo, qui ab eo precibus impetravit, ut sibi possidere liceret. Id enim est precarium. *L.* 1. *D. de prec.* quæ tria obiter indicantur in *d.* §. *sed interdicto, Inst. de interd.* Hac autem adjectione intelligimus interdictum uti possidetis duobus generibus possessorum dari: tertio generi denegari. Primum superioribus verbis apparet dari hoc interdictum ei, qui omnino nec vi nec clam nec precario possidet. Quales sunt bonæ fidei possessores, qui non vi, sed volentibus dominis, aut quos dominos putant; non clam, sed his scientibus; non precibus, sed pretio, aut alia justa ex caussa rem acceperunt. Non minus iisdem verbis et hoc interdictum ei datur, qui rem possidet quanvis vi aut clam aut precario, dum modo non possideat ab adversario, a quo possessionis controversiam patitur: id est dum adversarium vi non expulerit; aut clam eo possessionem non sit ingressus; aut precario ab eo possessionem non acceperit. Et notandum sic verba esse interdicti, non ut detur ei, qui possederit majore parte anni nec vi nec clam nec precario ab adversario: sed simpliciter qui nec vi nec clam nec precario possidet ab adversario: verbo scilicet ad præsens tempus interdicti relato. Unde intellectum est, ut hoc interdictum alicui competat, eoque vincat, satis esse,

5) *L.* 3. §. 7. *h. t.* vid. Cujac. 17. *Obs.* 2. Itemque vasallus, Goth. Anton. *Disp. Feud.* 13. *Th.* 4. *lit. C.* etiam vasalla, seu subinfeudatus. Menoch. *d. Remed.* 3. Q. 9. et emphyteuta *ibid.* Q. 10.

6) Quanvis. Licet enim verba Interdicti de ædibus; et in *L. un. C. h. t.* solius fundi mentio, tamen exempla non restringunt, sed declarant, Menoch. *d. Remed.* 3 *Q.* 12. Et Interdictum omne cum ad præsentem controversiam referatur, necesse est de uno concipi, Don. ad *L. un. C. h. t. n.* 13.

7) Sed num usu servitutis turbato Interdictum Uti possidetis, Bart. et DD. quos refert Menoch. *de Remed.* 3. *Q.* 13. distinguunt inter servitutes continuas seu urbanas, et discontinuas seu rusticas. In illis concedi volunt Interdictum utile per *L. ult. in fin. de serv.* pro his non item, quia de iis peculiaria interdicta prodita, ut *C. seq.* nec solet Lex frustra quid inducere. Sed Don. ad *L. un. C. h. t. n.* 14. de utrisque negat, quia et in urbanis hoc remedium supervacuum. Cessat namque finis hujus interdicti, ne controversia de possessione actionem petitoriam moretur, cum servitutem petere possit, etiam possidens, et natura ipsa ostendat uter in præsenti possideat, seu servitute utatur ex. gr. tignum in missum habeat, oculis hic opus; nulla rei probatione. Non obsta *d. L. ult.* quia accipi debet de interdictis nominatim proditis ut *C. seq.* Don. *d. lo.* Cujac. ad *L.* 4. §. 27 *de Usuc.* Bron. 2. *Ass.* 2. Nec obstat *d. L. ult. quem serv. amitt.* quia ibi datur Interdictum contra servitutem usurpantem ad retinendam fundi aut ædium nostrarum liberam possessionem, Don. et Bron. *dd. loc.* Neque huc pertineat species *L.* 3. §. 5. *et seq. h. t.* de quibus vid. Cujac. 5. *Obs.* 22. *et* 17. *Obs.* 2. *et ad L.* 62. *de V. S.* pro *inutile* in *d.* §. 5. reponens *utile*: Rob. qui notat Cujacium 2. *Rec. Lect.* 14. Menoch *d. Remed.* 3. *Retin. poss. Q.* 31. A. Fab. 65 *Err. Prag.* 6. Sed nec de possessione jurisdictionis, itemque juris vectigal vel annuam præstationem percipiendi, Interdictum hoc utile admittit Don. *d. loc. n.* 15. putans de iis rebus agi debere ad exemplum interdicti de itinere actuque privato, licet DD. vulgo contradicant, quorum opinionem usus forensis approbat; vid. Menoc. *d. Remed.* 3. *Q.* 14. *et seqq.* H. Pist. *L.* 4. *Q.* 19. Rutger. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 5. *C.* 5. *n.* 4. *et seq. et C.* 18. *n.* 2. qui ita in Imperii Senatu Spire si judicatum testatur. Nisi tamen præstatio mere personalis, quia nulla possessio in obligationibus personalibus. Id enim possidetur quod ipsa apprehensione vel possessione non extinguitur. Ast obligatio per solutionem perimitur, Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 172. diss. post alios Felician. de Solis *Lib.* 3. *de Censib. C.* 1. *n.* 8.

8) Hinc notabile. Qui me vi dejicit, eum impune non expello, impune turbo Bernh. Worms. *Lib.* 1. *Tit.* 46. *Obs.* 2. Gomez. *aliis relatis in L. Tauri* 45. *n.* 169. Nec potest turbatus conqueri de molestia, cujus ipse sibi caussa, quamque, restituendo possessionem violentam, vitiosam vel iniquam, effugere potest. Nec tantum si in continenti spoliator a spoliato inquietetur, sed etsi ex intervallo, licet aliqui dissentiant, vid. Menoc. *d. Remed.* 3. *Q.* 34. Quia autem delictum et mala fides non præsumitur probatio hic quod vi vel clam vel precario a convento possideat actor, ipsi reo injungitur, non actori, cujus possessio justa præsumitur, vid. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 74. Nicol. Everh Jun. *Cons.* 38. *n.* 21. *Vol.* 1. Et hæc exceptio spolii si in possessorio hoc objicitur, quia vim peremptoriæ habet, post litem quoque contestatam admittitur; secus si petitorio opponatur, ubi judicium differt, non extinguit, Menoch. *d. lo Q.* 77. vid. et Dan. Moller. ad *Nov. Elect. Sax. D. Augusti* 6. *P.* 1.

esse, si possideat tempore litis contestatæ, quo tempore interdicto agitur. Quod et in interdicto Utrubi hodie servatur, sublata in hac re differentia vetere utriusque interdicti: Quod si quis eo tempore possidebit vi aut clam aut precario, id demum possessorum genus est, cui denegatur hóc interdictum. Et ideo, quod dignum est animadversione, si quis me vi dejecerit de fundo, quem possidebam, quanvis non possim eum postea et ex intervallo dejicere impune: *L.* 1. §. *idem Labeo. L.* 3. §. *eum igitur*, *D. unde vi.* Tamen si vim ei faciam, quominus possideat, hanc vim a me impune patitur: quia vi a me possidet. Quod qui facit, eì non competit hoc interdictum.

VIII. Postremum est in caussa hujus interdicti, ut qui ita uti supra scriptum est, possidet, ei vis fiat, quominus ita possideat, ut sunt interdicti verba. Hanc enim vim fieri interdictum vetat. Vim facere possidenti est, possidenti controversiam possessionis facere. Atque hoc ipsum possessionis controversiam facere est, prohibere quominus quis possessione sua libere utatur. Tot enim modis verba illa interdicti explicat Ulpianus, dum adversus eos, qui posteriora ista duo faciunt, hoc interdictum competere scribit in *L.* 3. §. 1. et seq. *D. uti poss.* Itaque non dubium est, quin huc referri debeat illa Pomponii definitio, quæ legitur in *L. vim facit, D. unde vi.* Vim facere eum, qui non sinit possidentem eo quod possidebat, uti arbitrio suo: item qui liberam possessionem adversarii non relinquit. Est illa quidem definitio collocata sub Titulo, *De vi.* Sed, quod monendum sit, alieno loco. Agitur enim sub eo titulo de vi, per quam aliena possessio in totum adimitur, ut cui ea vis adhibita est, jam desinat possidere. Quæ autem vis possessorem non sinit libere possessione sua uti, ea possessionem relinquit, usum tantum liberum adimit. Hæc vero ad interdictum Uti possidetis [9] pertinet, non ad interdictum Unde vi, de quo agitur superiore illo titulo, *De vi*, *et de vi armata.*

IX. Objicitur possidenti hæc sive vis, sive controversia, sive libere possidendi impedimentum aut infitiatione possessionis sola, aut re aliqua et facto.

X. Infitiatione possessionis in judicio, cum dominus idemque possessor fundi aut ædium quæ ab alio tenentur, eas res ut suas petit sibi restitui ab eo qui tenet: is autem negat eum qui petit dominum esse, et judicio contendere paratum de proprietate, negat esse [10] possessorem. Hac infitiatione sola non solum fit possessionis controversia rem repetenti: sed etiam vis, quominus possessione sua ita utatur, ut possidet. Nam si is in ea controversia non est possessor, ut adversarius dicit, et nihilominus de proprietate judicari vult: necesse habebit ultro instituere adversus eum petitoriam actionem, seu actionem in rem. Quod si facit, eadem opera et onus petitoris subit, et [11] excidit commodo possessoris quod in adversarium transfert. Onus petitoris in vindicatione est, quod qui vindicat, quia rem ut suam petit, ideo etiam se dominum esse intendere, et quia intendit, probare debet: ac nisi probat, nihil consequitur. Est autem sæpe difficilis ejus rei probatio. Contrarium commodum possessoris. Est autem hoc, quod quia possessor non agit, sed cum eo agitur, sufficit ei negare adversarium esse dominum; se autem esse non habet necesse neque dicere, neque probare. Unde evenit, ut actore de jure suo non probante reus quanvis nihil præstiterit, absolutus discedat, atque ita in suo loco maneat possessio. *L. qui accusare*, *C. de eden. L. ult. C. de rei vind.* §. *retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst. de Interd.* Hinc recte et illud onus petitoris, et hoc commodum possessoris dictum est, itaque in usu juris ista nominantur. *L. inter*, *D. de jud. L.* 1. §. *inter*, *D. uti poss. d.* §. *retinendæ*, vers. *commodum.* Hac de caussa orta inter aliquos proprietatis contro-

9) Diss. Hotoman. *7. Obs.* 6. statuens etiam vim turbativam Interdicto Unde vi, vindicari per *d. L.* 11. et errare DD. vulgo contra sentientes, nisi cum uterque de retinenda possessione contendit. Parte alia peccant DD. qui et in vi expulsiva locum huic interdicto faciunt, eoque dejectum uti posse sentiunt, quia animo retineat possessionem civilem, Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 3. Jo. Tavard. ad *L. un. C. h. t. n.* 5. *et* 6. Bus. 6. *Subtilit.* 8. et quia spem certam habeat, se a magistratu in possessionem restitutum iri in *L. 7. pr. de acq. poss.* et quia superior hoc interdicto dejectus *L.* 3. *pr. h. t.* Wesemb. in *Par. h. t. n.* 5. Sed imo dejectione omnis possessio amittitur *L.* 5. *de Usuc. L. 7. de acq. poss.* et *d. L.* 17. *pr.* verbis, *perinde haberi debet.* Et hoc interdictum tuetur possessionem ne amittatur *L.* 1. §. 4. *h. t.* Et retinetur civilis possessio animo, quandiu libere uti licet. Amittitur quando ea facultas desinit, deficiente fundamento cui innitebatur. Utut enim voluntatem possidenti dejectus non amittat ac retentionem animo sibi fingat; nihil tamen ea operatur, ceu contraria juris ordinationi, actui naturali, fundata super impossibili. Ut Gomez in *L. Tauri* 45. *n.* 181. add. Arumæ *ex Justin.* 19. *Th.* 14. Interdicto autem hoc superior dejectus *d. L.* 3. *pr.* non experiens ut possessio illi restituatur, nam ad hoc necessarium Interdictum Unde vi, sed conventus de turbatione ut absolvatur per ea quæ *N. praeced.* Don. ad *L. un. C. h. t. n.* 12.

10) Etsi numquam antea, nec facto inquietaverit, vid. Gomez in *L. Tauri* 45. *n.* 171. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 42. *et Q.* 62. ubi *n.* 468. *e seqq.* quibus modis quis judicio turbari dicatur fuse tractat. Idem est in verbali inquietatione extra judicium, quoties scilicet per diffamationem possessio actoris turbatur, et liber rei suæ usus impeditur, Menoc. *d. Remed.* 3. *Q.* 41. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 170. Ut si ea factum ne invenire possit colonos, operarios, inquilinos, per *L.* 11. *de vi arm.* Quod si nec possessio nec fructus rei impediatur, non competit hoc Interdictum, sed remedium legis diffamari, Gomez. *d. lo.* vid. Barth. Blarer. in *L. diffamari C.* 5. *n.* 56. et 4. *seqq.*

11) Ac aliis quorum 26. recenset Menoch. 6. *Præsumpt.* 69. Fr. Guicciard. *Hipomnes. polit.* 112. Magnum, ait, possessionis commodum in rebus privatis, majus in caussis imperiorum.

troversia de fundo aut ædibus, initio magna contentio existere solet inter litigatores de possessione. Quoniam enim non potest petitoria actio, id est vindicatio institui, nisi unus sit petitor, alter possessor, unde petatur: ante omnia hoc statui debet, uter possideat. At ambo se magis possidere dicunt, quo retineant scilicet commodum illud possessionis, quod diximus, et vitent incommodum, quod esse diximus in onere probationis. Adversus hoc incommodum, et ad hanc controversiam dirimendam magna ex parte [12] comparatum est hoc interdictum: quo efficitur, ut is qui possidet, possessor declaretur, sic deinde controversia possessionis remota quæ illi fiebat, deinceps in judicio proprietatis retineat commodum possessionis. Hæc in *d.* §. *retinendæ*, *Inst. de interd. d. L.* 1. § 1. §. *inter*, *D. de interd. d. L. inter*, *D. de jud.* Caussam autem interdicti in hac contentione adhibendi apparet esse hanc, quod infitiatione adversarii vis fit possidenti, quominus in judicio proprietatis commodo possessionis suæ utatur.

XI. Re [13] et facto vis fit et possessionis controversia extra judicium, cum quis nullam proprietatis controversiam verbis movens aliquid facit in re possessa, quo eum qui possidet, prohibet libere uti possessione sua. Id fit duobus modis. Uno, cum quis possessorem in suo prohibet quid facere eorum, quæ quivis dominus in re sua potest facere: puta serere, arare, ædificare, quid reficere. *d. L. vim facit*, *D. de vi.* Altero, cum quis in re aliena instituit ipse quid facere invito possessore; veluti, ire, agere, aquamve ducere, aut aliter re uti, frui domino non concedente. Adversus quæ facta duplici via se tueri dominus potest; et actione negatoria de servitute, et interdicto. Actione, ut neget jus esse adversario hæc se invito facere. Interdicto, ut sit interdictum uti possidetis quo experiatur: quia qui ista faciat invito domino, vim ei faciat, quominus possit rem suam possidere ita, uti possidet, id est possessione sua libere uti: hæc in *L. sicut*, §. *Aristo.* in pr. et vers. *sed et interdictum*, *D. si serv. vind.*

XII. His rebus concurrentibus constituitur hujus interdicti caussa, hac constituta, fit interdicto atque huic actioni locus. Qua parte vis et potestas actionis quæritur. In quo hæc insunt, ut in superioribus actionibus, quæ quærantur; cujus rei gratia, seu ad quid constituta sit actio: tum in personis cui detur, et adversus quos. Comparatum est hoc interdictum, ut apparet, tuendæ et retinendæ possessionis caussa. *L.* 1. in princ. §. *est igitur*, *D. uti poss.* Unde et dicitur interdictum retinendæ possessionis. §. *retinendæ*, *Institution. de interd.* Sic recte retinetur hoc interdicto possessio, si et in futurum retinetur, et in præteritum. Quod et hoc interdicto consequimur. In futurum sic constituitur, si is qui agit declaretur sententia judicis possidere. Sic enim fit, ut auctoritate rei judicatæ tutus possessor deinceps pro possessore habeatur adversus eum, qui hoc interdicto victus est de possessione. Et vero huc interdictum spectat; quo dum petit quis se ita defendi uti possidet, prius se possessorem esse intendit, ac talem etiam se pronuntiari vult. Quare et hoc primum est in officio judicis, ut quem cognoverit possessorem esse, eum sententia sua talem esse [14] declaret. Similiter ut cum fundum petii, judicis est declarare sententia sua meum esse: cum petii servitutem, eodem modo. *L. et ex diverso*, §. 1. *D. de rei vind. L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si ser. vind.* Merito: si quidem in his omnibus actor non petit rem aut possessionem sibi cedi: sed eam quæ est, declarari, ut est in *d. L. sicut*, §. *sed si quæritur.* In præteritum autem sic retinetur possessio, non si vis revocetur, quæ prius possidenti facta est: quod sane fieri non potest: facta enim infecta fieri non possunt: sed si possessori sarciantur damna, quæ ex ea re contigerunt. In quam partem etiam est hoc interdictum. Inde enim competere dicitur in id [15] quanti ea res est; id est quanti actoris interest possessionem retinuisse. *L.* 3. §. *ult. D. uti poss.* In quo nihil constituitur proprium hujus interdicti. Lex hæc communis est omnium obligationum faciendi, ut si factum non est, quod de-

12) Nec igitur possessorium hoc cum petitorio conjungi et simul utroque agi potest, vid. Menoch. *d. Remed.* 3. Q. 66. diss. Cujac. 25. *Obs.* 34. Jo. Tavard. *ad L.* 3. *C. de Interd. n.* 16. *et seqq. etc.* Quin Donellus noster *ad d. L.* 3. *C. de Interd.* nullum plane Interdictum consortium actionis in rem ferre sentit, quod hic non persequor.

13) Quibus modis sic fiat turbatio, tractat Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. Q. 62.

14) Quæ forma sententiæ, vid. Don. *ad L. un. C. h. t. n.* 18. *et seqq.* Menoch. *d. Remed.* 3. Q. 87.

15) Vid. Menoch. *d. Remed.* 3. Q. 39. *et* Q. 99. Sed num hic quoque succumbens cavere debet de non amplius inquietando? Ita volunt argum. *L. pen. de aq. quot. et æst. et per. L. un. C. h. t.* Duar. 1. *Disp.* 21. et DD. comm. Wes. *in Par. h. t. n.* 5. Gail. 1. *Obs.* 116. volens etiam in executione, si ante non petita et in sententia omissa exigi posse. Contra Don. *ad L. un. C. h. t. n.* 20. *et n.* 28. retorquens argum. *ex d. L. pen.* quia nominatim et specialiter in controversia servitutum exigitur, quod ibi fungatur vice restitutionis, quæ naturalis ibi nulla esse potest. Et imo in *d. L. pen.* cautio nuda exigitur. Quare cum *d. L. un.* de satisdatione loquatur, illa cautio intelligi nequit. Denique *ibid.* disjuctiva *vel* arguit ab eodem præstari satisdationem a quo possessio transferri potest. At a victo transferri nequit, quia nullam habet, ideoque victus est add. Cui. 1. *Sent. Pauli* 11. *Rob.* 3. *Sent.* 21. Menoch. *d. Remed.* 3. Q. 95. Fachin. 8. *Contr.* 14.

debuit, condemnatio fiat in id quod actoris interest. *L. si quis ab alio*, §. *ult. D. de re jud.* Illud notandum est, etsi hic agitur in id quod interest: tamen in hanc ipsam quantitatem interdictum non dari nisi intra [16] annum, quo primum experiundi potestas fuerit, ut edicto expressum est. *L.* 1. in princip. *Uti poss.* Atqui certi juris definitio est, actiones quanvis prætorias rei persecutionem continentes, ultra annum competere; et esse perpetuas. *L. in honorariis, D. de obligat. et act.* Quid est autem persecutio ejus quod interest actoris, nisi persecutio ejus quod ei abest ex patrimonio: ac proinde quid aliud, quam rei persecutio, ut definitur hoc idem in *d. L. in honorariis, de obligat. et act.* Sed nihil hic fit adversus superiorem definitionem juris. Sane enim si quid cujus vere intersit, quia vere ei abest ex patrimonio, recte dicatur rei persecutionem continere. Sed si quid æstimatur, quasi intersit quod vere non interest actoris, quia ei nihil abest de patrimonio: non potest quæ actio id persequitur rei persecutionem continere. At hoc in hoc interdicto accidit, ubi sæpe injustus possessor, vincit: cujus tamen proprie nihil interest eam possessionem tenere, quæ ejus esse non debet. Sed etsi agat possessor bonæ fidei: tamen sæpe contendit cum vero domino, cujus uti res est, ita debuit etiam esse possessio, ut ei potius videatur possessio adimi, quam actori, tametsi possideat. Est igitur utrobique condemnato reo in condemnatione pœna, ubi præstare cogitur, quod actori ex patrimonio abest.

XIII. Cui detur hoc interdictum, ex superiore caussa interdicti intellectum est. In quo enim est caussa interdicti, is est qui habet interdictum. Competit ergo ei qui possidet litis contestatæ tempore, si modo possideat [17] nec vi nec clam nec precario ab adversario. Hoc interdicti verba satis clare demonstrant, quæ istum ipsum possessorem tueutur, dum vetant ei vim fieri, quominus ita possideat. Idque ita amplius testatum est in *d. L.* 1. §. *pen.* et §. præcedenti, *Uti poss.*

XIV. Competit hoc interdictum adversus eum, qui possidenti facit possessionis controversiam: sed ita, si is non possideat, aut possideat ab adversario vi, clam, aut precario. Nam adversus eum qui possidet nec vi nec clam nec precario ab adversario ideo non competit, quia hunc ipsum possessorem interdictum tuetur. Dicimus autem interdictum aut actionem competere adversus eum, qui intentione actionis probata judicio vincitur. Quod fit in hoc interdicto tunc solum, cum is qui agit solus recte possidet, non adversarius. *L.* 3. in pr. *D. uti poss.* Et tamen ita interdictum datur adversus eum qui non possidet, ut semper sit adversus eum, qui nihilominus contra se possessorem contendit: qui si initio litis fateretur se non possidere, judicium nullum foret. Quoniam nullæ sunt partes judicandi in confitentes *L. proinde*, §. *ult. D. ad leg. Aquil.* Unde illa verba interdicti ad eos qui se possidere dicunt, pertinentia: *uti possidetis*, *quominus ita possideatis vim fieri veto.* Atque hinc etiam dictum, hoc interdictum duplex esse; et eos quibus competit, et actores esse et reos. *L.* 3. §. 1. *uti poss.* Recte: apparet enim litigatores in hoc interdicto sic agere, ut uterque et se possidere dicat, et simul adversarium possidere neget. Qua parte se possidere dicunt, sunt actores id agentes, ut sibi possessio integra præstetur, quam adversarius adimit. Qua parte agente adversario negant, sunt rei, id agentes ne præstent, quod ab ipsis petitur.

XV. Quid ergo, si is cum quo agitur, etiam possideat, ut proponuntur duo, quorum uterque possideat nec vi nec clam nec precario ab altero? ut accidere posse Ulpianus fingit in *L.* 3. in pr. *D. uti poss.* An possit accidere, amplius postea videbimus. Nunc hoc concesso posse, quia Ulpianus ita scribit: quærimus si eveniet, quid futurum sit hoc interdicto. Et interdicti verba manifesta sunt, quibus efficitur utrumque tuendum, et ut Ulpianus loquitur in *d. L.* 3. in pr. [18] neutrum vinci ab altero. Sic enim ver-

16) Quod declarat Menoch. *Q.* 85. si ratione interesse præteritæ turbationis agitur, secus si ne in posterum turbetur. Nova enim quotidie turbatio novo interdictu caussam dat. Facit arg. *L* 1. §. *pen. de Usufr. accr.* Pone. Turbatus est quis per 10. annos. Agit hodie ratione præsentis turbationis. Non excluditur annali præscriptione.

17) An et contra eum, qui bona fide accepit ab eo, qui clam ab actore possidebat? Affirm. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 45. de quo dubito.

18) Quod Don. *ad L. un. C. h. t. n.* 22. *et seqq.* contr. Bart. et DD. semper juris esse putat, quoties neutrius possessio ab altero violenta, clandestina, vel precaria. Nec hic attendi debere utrius antiquior possessio sit, cum interdicto hoc non quæratur an possederit, sed an possideat. Nec an alter clam possideat; modo non ab adversario. Sed nec potiorem esse qui titulo præditus, cum hoc interdictum etiam violentum possessorem tueatur. Nec ab uno plures sint et probatiores testes (uti jure Sax. cautum Landr. *Lib.* 3. *Art.* 21. Reinh. *Diff.* 55. *P.* 4. *inter diff.* Zobel. *P.* 1. *Diff.* 19.) cum hic de rebus diversis deponant. Ergo per *L.* 12. *de testib.* Sed nec partes concursu illos facere, propter verba uti possidetis, ita possideatis. Eadem igitur servatur possessio quæ ante habebatur. Ast Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 87. post varios casus enumeratos, quibus unus possessor sententia fieri possit, ne eo quidem casu quando omnia utrobique paria, sententiam Donelli admittit, ne ad arma et rixam partes procedant *L.* 13. §. 5. *de Usuf.* (ad quod Resp. Don. *n.* 24. ex verbis *d.* §. 3. quos potest componere. Hic, ait, res per naturam judicii aliter componi nequit.) Ipse autem examinatis novem opinionibus tandem *n.* 776. *et seqq.* ad Principem recurrendum putat, qui partes componat, forte partes utrique adsignando. Sed *d. L.* 6. *pr.* accipit Menoch. *n.* 740. de diversa possidendi specie, ut si unus ut fructuarius, alter ut proprietarius. Atqui eo casu non neuter, sed uterque vincet et vincetur, diversis respectibus. Tuebitur enim Prætor hunc in possessione proprietatis, illum in jure servitutis, et utrumque ne alterum turbet vetabit, ut ipse Menoch. *n.* 726. vid. et Tessaur. *Decis.* 206. Gomez. in *L. Tauri* 45. *n.* 178. *et seqq.*

verba sunt: *Uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.* Hæc tuitio amborum duo continet, quorum alterum ad possessionis declarationem pertinet: alterum ad persecutionem ejus quod interest. In possessione hoc efficit, ut judex pronuntiare debeat ambos possidere, ut fieret in unius possessoris persona. Quod autem attinet ad persecutionem ejus quod interest, sequitur, ut utrumque ab altero ab ea persecutione absolvere debeat. Sic enim fiet, ut neuter vincatur, ut Ulpianum loqui paulo ante diximus. Quod contra fieret, si unus vinceretur. Hunc enim in eam pecuniam condemnari oporteret.

XVI. At hæc sententia dicet aliquis, litigatoribus est inutilis; proinde et interdictum quo ista sententia inducitur. Manet enim et post hanc sententiam eadem controversia possessionis, quæ prius; hanc autem sequuntur duo hæc incommoda, atque adeo hæc ipsa superiore sententia confirmantur. Unum, quod jam licet utrique etiam per istam sententiam vim facere alteri impune, quominus possideat: ex quo vis et rixæ inter litigatores constitutæ. Alterum, quod utroque possessore pronuntiatio confirmat hæc ipsa sententia judicium de proprietate inter eos litigatores jam exerceri non posse: cujus tamen instituendi et promovendi caussa maxime comparatum est interdictum uti possidetis, ut ante diximus. *d.* §. *retinendæ*, *Inst. de interd.*. An non igitur potius mutamus hanc sententiam, ut hoc interdicto decidatur lis de possessione, cujus dirimendæ caussa hoc judicium est institutum? Sed et verba et sententia interdicti refragantur, quæ aperte tuentur utrumque possessorem, dum neuter ab altero vi aut clam aut precario possideat. De incommodis superioris tuitionis et sententiæ, agnosco ea esse, quæ dixi. Sed non ideo prætor in eo interdicto, aut judex in ea sententia reprehendendus. Nascitur enim hæc omnis incommoditas non ex male constituto jure aut ex imperitia judicis: sed rei conditione, quæ hoc ipsum jus necessario peperit: dum scilicet in caussa momentaneæ possessionis proponuntur duo in speciem pari inter se jure, qui dum pariter possident, nihil caussæ est, cur unum debeat prætor in possessione tueri potius, quam alterum. Sed tamen adversus hæc incommoda unum est remedium, quod proponitur, licet admodum obscure in *L. unica*, *C. uti poss.* Verba rescripti hæc sunt. *Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provinciæ vim fieri prohibebit.* Hactenus confirmatur superior sententia de utroque litigatore possidente tuendo: Sequitur id remedium quod dixi: *ac satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui* [19] *forma servata, de proprietate cognoscet.* Est autem hæc sententia: Vobis ambobus, o litigatores, ita ut diximus, possidentibus, dum volumus ambos in possessione tuendos: si nihil aliud intervenerit inter vos, quod possessionem in unum transferat, fieri non potest, ut præses cognoscere possit inter vos de proprietate: cujus actio nisi uno tantum possessore constituto a quo petatur, institui non potest. *d.* §. *retinendæ*, *Institution. de interd.* At si unus vestrum satisdederit, transferetur in eum possessio forma edicti perpetui servata. Qua possessione in satisdantem translata eveniet, ut unus is sit possessor, alter petitor. Quo constituto procedet petitoria actio, atque ita præses recte atque ordine de proprietate cognoscet. *L. incerti*, *C. de interd.* Est autem satisdatio et translatio possessionis quæ hic commemoratur, hujusmodi, ac res in eo ita transigitur, cum ambo litigatores possident, atque ita declarantur possidere sententia judicis: si unus velit rem procedere, ut instituatur nihilominus actio de proprietate, petat se solum possessorem haberi, a quo res petatur, et offerat de re possessa satisdationem, qualem possessores ex edicto perpetuo præstare olim solebant, cum ab his res vindicabatur. Ea est autem satisdatio judicatum solvi: qua caveat si in judicio vindicationis de proprietate victus erit, se rem una cum fructibus et omni caussa restituturum, et in eam rem det fidejussores. Id enim est satisdare, cavere fidejussoris datis. *L.* 1 *D. qui satisd. cog.* Atque hoc jus vetus est ad tenendum possessionem constitutam adversus eum qui

rem

19) Conveniunt fere in verborum expositione Cujac. 1. *Sent. Pauli* 21. Menoch. *d. Remed.* 3. *Q.* 95. qui satisdari volunt ab eo, qui possessorio obtinuit (in quo a Donello diversum sentiunt, quia noster putat sic satisdari ubi neuter obtinuit) nisi se deterius in re facturum, sed rem cujus possessionem obtinuit, si in petitorio contra judicetur illæsam restituturum. Sic enim Ascon. *in* 3. *Verrina.* Qui eam rem tenet satisdat, pro præde vindiciarum, adversario, nihil se deterius in possessione facturum etc. Nec enim, ait Don. ad *L. un. n.* 25. illa alia satisdatio quam judicatum solvi. Quo enim de re tuenda caveri adversario, si restitui et aliquando non debet. Quid si uterque satisdare paratus? Præferetur cui prius oblata est, ut si velit satisdare solus retineat possessionem, si nolit satisdare præstet qui obtulit translata possessione, Don. *d. lo.* Obst §. 2. *I. de satisd.* Resp. Hodie hæc satisdatio exigi nequit a possessore *d.* §. 2. scilicet si unus possidet et solus (quo refellitur Menoch. et Cujac. acceptio.) Hic autem necessaria est ut ex duobus unus possessor constituatur. Don. *d. lo. n.* 24. Diss. Rob. 3. *Sent.* 21. volens possessionem non transferri in adversarium, sed sequestrum per *L.* 7. §. *ult. Qui satisd. cog.* Nam si res mobilis, arguit, apud officium deponenda *d.* §. *ult.* vicem illius depositionis in re soli referet sequestratio per *L.* 22. §. 8. *sol matr.*

rem vindicabat, ut refertur initio *Tit. Inst. de satisd.* Quam satisdationem in eam rem si admittit adversarius, superiori juri conveniens est, ut qui satisdederit, solus pro possessore habeatur, adversarius ab eo petat. Quod si adversarius non admittet satisdationem, licet ei repudiare: sed hac lege, dum ipse satisdet potius, nam ei defertur electio, utram malit: qui si malit ipse satisdare, nempe id consequitur, quod is qui obtulit, esset consecutus, ut videlicet ab eo quanvis maxime possideret, transferatur tamen possessio in eum qui ex electione sibi data satisdedisset: eaque est translatio possessionis, quæ commemoratur superiore rescripto. Hæc dicimus in hac caussa exemplo plurium tutorum: ex quibus si unus aliquis offerat se satisdaturum rem pupilli salvam fore, ut solus administret, hactenus auditur, ut electio detur contutoribus, utrum velint satis accipere, an satisdare: atque his satisdantibus transfertur in eos administratio. §. 1. *Inst. de satisdat. tut.* Exemplo item ejus, a quo cum res fideicommissæ peterentur, placuit eum si appellasset, cavere debere adversario earum rerum nomine: sed ita: ut si illo cautionem offerente potius caveat adversarius; transferri in eum possessio debeat. *L.* 5. §. 1. *D. ut leg. seu fid. nom.*

XVII. Enimvero hæc ita sunt, si proponantur ambo litigatores possidere nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero. At ex hac re et interdictum, et tota sententia superior incidit in difficultatem. Est enim veterum et certi juris definitio tradita in *L.* 3. §. *ex contrario*, *D. de acq. poss.* duos in solidum possidere non posse. Neque hoc expedit Ulpianus in *L.* 3. in pr. *D. uti possid.* qui proponit duos possidere in solidum, et hoc ita procedere posse ait: si proponatur unius justa, alterius injusta possessio. Nam in universam ita traditur in *d. L.* 3. §. *ex contrario.* Duos in solidum possidere non posse, sive uterque juste, sive uterque injuste, sive unus juste, et alter injuste possideat: et additur ratio, quæ omnem istam distinctionem possessionum rejiciat, quia in summa possessionis nihil intersit, juste quis an injuste possideat. Et de vera possessione hoc recte dicitur in universum, duos possidere non posse in solidum; in quam sententiam est [20] superior definitio: cui tunc locus est, cum de fructibus aut dominio propter possessionem acquirendo agitur. In his enim acquisitionibus cum vere et perpetuum adjiciatur possidendi dominium rei possessæ aut fructuum: etiam veram possessionem, quæ hos effectus pariat, subesse oportet. At cum spectamus opinionem et effectum rem tenentium possunt duo exsistere, qui etsi vere simul eundem fundum non possideant, tamen videantur simul possidere, dum scilicet uterque fundum ingressus est, et pariter hoc animo est ut possideat. Etsi in his qui posterius ingressus est, non possidet, quandiu prior non dejectus animo retinebit possessionem: tamen in hoc interdicto, in quo spectamus præsentem detentionem cum affectu dominantis conjunctam, pro possessore, [21] habebitur, dum adversatio nec vi nec clam nec precario possideat. Sed in hoc interdicto, inquam, in quo qualemcumque possessorem hoc ipso quod in speciem possidet etiam si injuste, prætor tuendum putavit. *L.* 2. *d. L.* 3. in pr. *D. Uti poss.* At rursum quomodo fieri potest, ut duo isto modo insolidum possideant, ut non certo et statim constet aut alterum non possidere, aut possidere ab altero vi, aut clam, aut precario? quibus casibus utrique hoc interdictum pariter est inutile. Nam qui posterior ingreditur possessionem necesse est id faciat aut vi dejecto priore possessore, aut clam eo, aut sciente quidem et volente, sed precario. Si vi dejecit priorem possessorem, ille possidere desiit, *L. naturaliter*, *D. de usurp. et usucap.* ut jam ei inutile sit interdictum uti possidetis ad retinendam possessionem quam amisit: et illi recurrendum sit ad interdictum unde vi ad possessionem amissam recuperandam. Sed etsi huic competere posset interdictum uti possidetis: tamen posterior eodem interdicto uti non posset, quia proponitur vi possidere ab adversario.

Si-

20) Recte. Possessio namque sive justa, sive injusta, ita totam rem complectitur, ut ne sit alteri locus. Nam omnem fundi locum ita sepsi ut, etiamsi abiero, nequeat ab alio occupari. Ubi autem redeundi animum possidendi ademisti, incipis solus, licet injuste, possidere: vi autem dejectus non possidet, sed perinde habetur *L.* 17. *pr. de acq. poss.* Connan. 3. *Com.* 10. *n.* 5 Et Turamin. *de Substantia possession. C.* 2. Ratio, ait, hujus rei naturalis repugnantia. Qui enim corporaliter tenet, ita rem complectitur, ut alteri interim locus non sit. Simili ratione qui animo complectitur, ita complectitur, ut alteri complectendi locum minime relinquat. Nec audiendi sunt qui diverso genere possidendi duos rem possidere posse sentiunt. Semper enim una tantum unius rei possessio vera. Minus dicendum, duos in solidum civiliter possidere posse, ut Vacon. 2. *Declarat.* 39 Sequeretur enim duos usucapione posse fieri dominus, duos fructus acquirere etc. Sed de hac quæstione vid. Duar. ad *L.* 3. §. 5. *de acq. poss.* qui eam omnium, quæ in tractatione possessionis occurrunt difficillimam vocat Cujac. 9. *Obs.* 32. Borch. *de Acq. poss. C.* 6. *n.* 18. *et seqq.* P. Fridd Mindt. *de Materia possess. C.* 10. Arumæ. *Disp. Pand.* 20. *Th.* 11. P. Gilken. *de Præscrip. n.* 3. *C.* 12. fuse et ex professo Turamin *de Substantia possessionis.*

21) Recte quod et facile sic probatur. Qui clam possidet vere non possidet *L.* 6. §. *ult. de acq. poss.* Atqui et hunc Prætor tuetur, modo non ita ab adversario teneat. Sic Gifan. *ad L.* 3. §. 5. *de acq. poss. n* 35. ex mente Justiniani accipi debere *d. L.* 3. *pr. h. t.* respectu hujus interdicti, licet auctores dissenserint. Atqui ipse Ulp. auctor *d. L.* 3. duorum in solidum possessionem aegit *L.* 5. §. *ult. Commod.* Add. Arumæ. *Exercitat. Justin.* 19. *Th. ult.*

Si posterior clam priore occupavit possessionem, vel hoc ipso constat solum priorem possidere, ut qui quandiu dejectus non est, retinet animo possessionem, § *possidere, Inst. de interd. L. clam*, §. *ult. D. de acq. poss.* Sed et ad hunc interdictum non pertinet, quem constat clam ab adversario possidere. Idem dicendum est, si posterior a priore possessionem precario accepit. Nam et prior solus animo possidet: *L. et habet*, §. *eum qui*, *D. de prec.* et posterior precario ab adversario possidet. Et fatendum est, si duo tantum sint ejusdem fundi possessores, quorum unus alteri successerit, fieri non posse, quin aperte unus tantum possideat aut alter possideat, ab adversario clam, aut precario. Sed procedere res potest, si proponantur tres possessores ex quibus de possessione agatur inter primum et tertium, hoc modo. Primus aliquis ex justa caussa ædes accepit vel a domino, vel ab eo quem dominum putabat, et ita possessionem nactus est. Is vere et juste possidet. Cum hic peregre profectus esset nemine domi relicto, exstitit secundus, qui absente possessore furtim possessionem ingressus est, et pro suo possedit. Exstitit deinde tertius qui hunc secundum vi dejiceret, aut clam eo, vel precario ab eo possessionem acciperet. Si primus possessor bonæ fidei reversus vim patiatur a tertio isto, quominus possideat, exstitit ea species quam quærimus, et quæ conveniat sententiæ Ulpiani in *d. L.* 3. in pr. *Uti poss.* In qua scilicet primus juste possidet, tertius injuste; sic tamen, ut neuter ab altero vi, aut clam, aut precario possideat. Quo casu utrumque ex interdicto et sententia judicis tuendum esse dicimus. Et res inter istos non aliter procedet ad judicium vindicationis, nisi intervenerit superius remedium satisdationis, et propter satisdationem translatæ possessionis.

XVIII. Cognito interdicto observanda est exceptio interdicti. Sic enim verba sunt edicti, quo hoc interdictum proponitur in *L.* 1. in pr. *Uti poss.* de cloacis hoc interdictum non dabo. Est autem *cloaca* finitore Ulpiano, *locus cavus, per quem colluvies aliqua fluat. L.* 1. §. *hoc autem*, *D. de cloac.* Hoc ergo dicit prætor, si quis nos prohibeat uti cloaca nostra ad sordes ejiciendas, se eo nomine hoc interdictum non daturum. Quæritur, quamobrem cum de cæteris rebus soli hoc interdictum competat, denegetur de cloacis: Nempe ideo, quod cloacam, seu loci corpus in quo est cloaca, nemo possidet, sive eam in suo habeat, sive in alieno, et hic aut ibi uti prohibeatur. In suis ædibus si quis cloacam habet, non ideo cloacam possidet. Qui enim ædes possidet, non aliud intelligitur, quam ipsas ædes universim possidere. Singula corpora ex quibus ædes constant, non possidet, ut disserit Javolenus in *L. eum qui ædes*, *D. de usur. et usucap.* Itaque si quis cloaca sua prohibetur in suo uti, erit quidem ei interdictum uti possidetis ad vim inhibendam: sed interdictum de ædium possessione, non cloacæ: quia qui partis usum impedit, is impedit usum ædium, quarum pars est cloaca. In alienis ædibus si quis habet jus cloacæ habendæ, hic vero aperte cloacam ibi non possidet. Nam si locus cloacæ pars est earum ædium: necesse est, ut alienæ sunt ædes in quibus cloaca est, ita cloacam alienarum ædium partem esse; ac proinde loci corpus alienum videri *L.* 4. in pr. *D. si ser. vind.* Quo fit, ut quemadmodum ædes ab extero possidentur, sic et cloaca, quæ ibi habetur. Hoc autem interdictum tantum proponitur a prætore possidenti. At enim si ita erat, quid opus fuit cloacam excipere, quæ verbis interdicti non continebatur? Non sane rei ipsius excipiendæ caussa, sed dubitationis eximendæ. Non possidetur a nobis is locus in quo est cloaca; et cum habeatur cloaca a nobis, etiam possideri videbitur, ut fiat et de hoc genere interdicto locus. Quod ne quis existimet, cavet nominatim prætor se de cloacis hoc interdictum non daturum? Quid ergo impune nos quis prohibeat uti jure cloacæ, quod in alieno habemus? Minime: sed erit actio aut interdictum de jure servitutis, non de possessione ipsius loci. De juris possessione postea videbimus in interdictis de servitutibus.

XIX. Considerandum etiam ad extremum genus hujus actionis, et obligationis, ut intelligere liceat, quam ad hunc locum pertineat, idest ad eas obligationes, quæ ex maleficio nascuntur. Meminisse debemus, cum dicimus adversus vim superiorem, quæ fit possidenti competere interdictum Uti possidetis aut Utrubi, hoc dicere nos, competere actionem: et maxime hodie, cum formulis interdictorum sublatis relinquitur solum utilis actio interdicti loco. §. *ult. Inst. de interd. L. pen.* et *L. ult. C. eod.* Hæc actio cum sit in id quod interest actoris vim possidenti factam non esse: apparet non esse in rem, quia non est de re nostra. Quo efficitur esse in personam, ut sunt tantum hæc duo genera actionum. Quod si in personam: intelligimus etiam esse adversus eum, qui nobis obligatus est, ut est descriptio actionum in personam. *L. actionum*, *D. de obl.*

et

et act. §. 1. *Inst. de act.* Ita hic quoque revolvimus eodem, ut quemadmodum in superioribus, sic in hoc interdicto, atque hac actione quærendum sit, qua ex caussa hæc obligatio nascatur. Et non dubium est, quin sit ex maleficio, similiter ut obligatio superioris interdicti. Est enim hæc actio adversus vim, quæ fit possidenti. Hæc vis cum noceat alteri minuatque ejus possessionem, maleficium est; si modo recte definivimus maleficium esse omne factum, quo male fit alteri, idest quo nocetur, detrahiturque quid alteri injuria. Ejusque rei non obscurum argumentum est, quod supra diximus hanc actionem continere persecutionem pœnæ, non rei, unde intra annum tantum competit. Non est enim pœna, nisi delicti et maleficii coercitio. *L. aliud est fraus*, *D. de verb. signif.* Ex quo intelligitur, quam recte et hæc actio atque obligatio ad hunc locum a nobis referatur.

CAP.

CAP. XXXIV.

De vi adhibita ad impediendam servitutum quasi possessionem: & de interdictis seu actionibus possessoriis adversus eam vim jure proditis.

I. UT rerum corporalium, sic et incorporalium, ut servitutum, sua quædam possessio est, quæ et quasi possessio nominatur in *L. si quis diuturno, D. si ser. vind.* Ea autem est ejus servitutis usus. *L. quoties, ult. D. de servit.* Hæc possessio non minus impediri potest ei, qui servitate utitur, quam in rebus corporalibus vere possidenti. Atque adeo quibus rebus prohibetur quis re corporali libere uti ut vult, eumque ita possidere, uti possidet: iisdem omnino prohiberi quis potest, quominus servitute utatur: ut in utroque genere pariter adversus possessionem atque usum istarum rerum vis fiat. Ideo in simili genere maleficii etiam de servitutibus interdicta veluti possessoria constituta sunt, uti hæc nominantur in *d. L. quoties, ult. de servit.* nempe adversus vim superiorem tuendæ retinendæque veluti possessionis servitutis caussa. Non tamen de omnibus servitutibus interdicta hujusmodi sunt proposita, sed de certis tantum generibus: in quibus scilicet incertior et mobilior possessio, aut necessarius Reipublicæ servitutis usus præsentius auxilium et tuitionem prætoris exposcere videbatur. Incerta possessio est in servitutibus rusticorum prædiorum. Nemo enim tam continenter tamque perpetuo ire, agere, aquam ducere, aut haurire potest, ut non sæpe, saltem aliquo momento ejus possessio interpellari videatur, ut est in *L. servitutes prædiorum*, in pr. *D. de servit.* Hinc et de harum possessione, de qua ob eam caussam facile dubitari potest, interdicta sunt [1] constituta. In servitutibus urbanorum prædiorum possessio certa est, et de qua necesse habeat reus confiteri, si modo res subjiciatur oculis. Cum enim earum possessio in superficie consistat: necesse est, ut superficies semel posita, sic et servitutis possessio, quæ

1) *L. 1. §. 1. de itin. act. priv.* Coras. *ad L. ult. ipsi penult. de servit. n. 15. et 2. seqq.* Menoch. *Retin. Poss. Remed. 5. Q. 7.* nec utile Interdictum de itinere etc. concedi pro servitute urbana sentientes.

quæ per superficiem retineret, perduret, et se ipsam intuentibus ostendat. *L. servitutes quæ in superficie*, *D. de serv. urb. præd.* Ideo et de harum servitutum possessione interdictum nullum proditum legimus. Nempe ideo, quia esset supervacuum. Hic enim cum adversarius cum quo de usu servitutis agimus necesse habeat fateri de constitutione superficiei, puta tigni immissi, projecti, aut cloacæ immissæ: apparet eum et de possessione ipsa juris has res habendi satis confiteri. Qua confessione judicium, eoque et interdictum tollitur, nullæ enim sunt partes judicandi in confitentes. *L. proinde*, §. 1. *D. ad leg. Aquil.* Est tamen de refectione cloacæ proditum interdictum, quod utilitas publica et necessarius Reipublicæ usus expressit. De qua suo loco. Ita in summa in servitutibus interdicta possessoria proposita sunt de quatuor his tantum generibus; de itinere et similibus quæ sunt in commeando; de aquæductu; de aquæ haustu; de cloacis.

II. De quibus ne verbosa sumatur oratio, ac necesse sit eadem inculcare sæpius in singulis generibus: sciendum est pleraque esse omnium communia. De quibus etiam recte fiet, si semel et in commune admoneamus. Hæc autem breviter sunt tria: caussa et occasio agendi: finis interdictorum: is cum quo agitur ex his interdictis. In caussa omnium istorum interdictorum hoc commune, quod cum sint retinendæ possessionis, hanc originem habent, si quis cui vim facit quominus servitute utatur, aut quominus ea faciat, quæ ad eum usum quoquo modo pertinent. Finis idem omnibus, ut cui hæc interdicta dantur, ne ei vis fiat, quominus ita utatur, ut ante usus est, aut ei utendi jus est, prout huic aut illi interdictum competit. Quod ni fiat, etiam in his interdictis, ut in superioribus, actio et condemnatio una est in id quod actoris interest servitutis usu prohibitum non esse. *L.* 3. §. *in hoc interdicto*, *D. de itin. act. priv.* Is cum quo agitur ex his interdictis unus is, qui vim facit, quominus quis servitute utatur. Quæ omnia ex ipsis interdictis, quæ subjicientur, licebit animadvertere.

III. In eo discrepant hæc interdicta, quod non uni et eidem qui quæratur de usu servitutis sibi vim fieri, ista proponuntur: sed aliis, atque aliis, prout est genus servitutis. Hinc de singulis istis generibus distincte in-

Tom. IV.

terdicta proposita; in eoque hæc varietas et distinctio istorum interdictorum constitit. Atque huc potissimum cogitationem et tractationem referri oportet. De quo deinceps ex superioribus generibus servitutum breviter cognoscamus.

IV. Primum ergo genus est, itineris, actusque privati, item et viæ privatæ. De hoc genere duo sunt interdicta, quæ proponuntur et explicantur sub Titulo [2] *De itinere actuque privato.* Unum est de usu itineris, actusque privati, et viæ. Alterum de loci per quem itur, refectione. Primum de usu exstat in *L.* 1 in pr. *D. eod.* Quo vetatur, si quis itinere, actuque privato vel via hoc anno usus sit nec vi, nec clam, nec precario, ne vis ei fiat, quominus ita utatur. Datur igitur interdictum ei, qui servitute [3] usus est hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario. In quo quod exigitur, ut qui agit, aliquando utatur servitute, commune est cum interdicto uti possidetis, quod est de rebus soli. Quod enim in illis rebus est possessio, hoc in servitutibus est usus: si quidem hic usum intelligimus, cum quis jus fundi possidet; quod ita fit, si ita utatur, ut id tanquam suo jure faciat. *L. ult. D. eod. tit. L. ult. D. quem. serv. amit.* Illud etiam commune, quod exigitur, ut qui utitur, utatur, id est possideat jus fundi nec vi, nec clam, nec precario ab adversario. Hoc demum proprium hujus generis, quod datur interdictum ei, non qui nunc utitur, sed qui aliquando usus est, dum hoc anno. Ex quo intelligitur, quid distet hoc interdictum ab interdictis uti possidetis, et utrubi, quæ sunt de possessione rerum corporalium. Nam hæc proposita iis qui possident verbis in præsens tempus quo agitur, conceptis, satis intelliguntur hanc vim habere, ut competant solum ei qui tempore litis contestatæ possidet, uti et competere placet. §. *sed interdicto*, in fin. *Inst. de interd.* Ut si quis eo tempore non possidet, cesset interdictum, quanvis toto anno superiore possederit. Hoc autem interdictum sic proponitur ei qui hoc anno usus est, ut appareat dari ei, qui ante usus est, licet eo tempore, quo agitur interdicto, usus non sit *L.* 1. §. 2. *D. de itin. act. priva.* Nec adjicitur, quandiu antea sit usus hoc anno: ut intelligatur etsi brevissimo tempore hoc

anno

2) Menoch. *de Remed.* 5. *n.* 2. duo esse capita Interdicti (1) mere possessorium. (2) quod proprietatis caussam admissam habet, et Tavard. *ad h. t. n.* 5.

3) Etsi forte ita ab alio, atque ita mala fide. Neque enim probari potest requisitum DD. quod necesse sit ut crediderit se jure suo usum esse, de quo Menoch. *d. Remed.* 5. *n.* 13. *et seqq.* tractans qua ratione de eo constare debeat., qui et ibid. (7) requisita hujus Interdicti ex Cœpol. *de Serv. Rust. C.* 1. refert.

anno usus sit, eum ad tuitionem prætoris pertinere. Quod tamen veteres sic acceperunt, dum ne paucioribus diebus sit usus, quam triginta. Hoc in *d. L.* 1. §. 2. Adeo autem sufficit per hoc tempus usum esse itinere nec vi, nec clam, nec precario, ut si quis ita usus sit, verum postea non sit usus, sed clam aut precario, placeat nihilominus ei interdictum competere, *d. L.* 1. §. *ult.* et *L.* 2. *D. eod.*

V. Alterum interdictum de itineris refectione exstat in *L.* 3. §. *ait prætor, eod. tit.* quo cavetur ne ei qui itinere actuque privato hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario usus est, vis fiat, quominus id iter actumque reficiat. Erat hoc interdictum consequens priori. Nam hæc refectio ejusmodi est, sine qua itinere commode uti non possumus. Ita quodammodo usus itineris pars est, *d. L.* 3. §. *utilitas.* Id etsi ita est: non tamen hoc posterius interdictum eidem proponitur, cui prius; sed plus multo in hoc posteriori exigitur. Ea autem sunt tria præter illud amborum commune, quo exigi dixi, ut quis usus sit hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario. Primum hoc, ut qui hoc interdicto utitur, jus reficiendi habeat, id est ut servitus ei debeatur, *d. L.* 3. § *hoc autem.* Merito: hoc enim plus est in reficiendo itinere, quam in eundo agendo, quod qui ivit egit, etiam si nullo jure fecerit, tamen solo nihil nocet, quod nihilominus integrum domino relinquit. Qui reficit, alieni soli faciem mutat. Quod nulli facere concedendum est in alieno cum injuria domini, nisi quis id jure suo faciat. Sic autem faciet suo jure, si faciet jure servitutis in alieno constitutæ. Secundum hoc ex eadem ista ratione, ut idem qui de refectione agit, nihil faciat contra legem impositæ servitutis. Puta, si dictum sit, quomodo refici iter debeat, et ad quam altitudinem, ne hunc modum excedat, *ead. L.* 3. §. *fieri, de itin. act. priv.* Quæ duo ex verbis interdicti accepta sunt, quibus fit potestas itineris reficiendi, sed hac lege, dum is qui agit reficiat, uti illi jus est. Tertium edicto nominatim comprehensum est, ut qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat. *d. L.* 3. §. [4] *ait prætor, eod. tit.* Conditio eandem æquitatem habens cum superioribus, qua fit, ut sic itinere utenti consulatur de refectione, ut id fiat sine alterius detrimento.

VI. Secundum servitutis genus de quo possessoria interdicta sunt, est aquæductus. In quo duo item non interdicta, sed genera interdictorum proposita sunt, superioribus similia. Nam et hic unum genus est de usu aquæductus, alterum de refectione

VII. De usu tria interdicta exposita proprio Titulo. *De aqua cotidiana et æstiva.* Quæ varietas interdictorum in hac specie nata est diversitate aquæductuum; quorum singula genera in tuendo possessore aliud atque aliud jus postulare visa sunt. Nascitur autem hæc omnis distinctio aut ex tempore aquæ ducendæ, aut ex origine aquæductus. Ex tempore, dum ita constituitur jus aquæ ducendæ, ut ea quis quotidie uti possit, si velit: interdum, ut utatur tantum æstate: unde dicta aqua quotidiana et æstiva: quæ ita distinguuntur a veteribus, ut quotidiana sit, quæ dari assidue possit, et soleat, etsi, interdum ducta non est. Æstiva, quæ aut natura sua duci non potest, nisi æstate aut æstate tantum duci locis in quæ deducitur, expedit. *L.* 1. §. 1. *L. de interdicto, D. de aq. cot. et æst.* Quæ ut distant inter se, ita de his interdicta sunt distincta. Origine autem aquæductus hæc distinctio est in aquæductibus, quod in quibusdam aqua ducitur ex capite, puta a flumine ipso, aut a fonte, unde aqua ducitur: in quibusdam [5] ex castello; idest ex receptaculo, quod aquam publicam suscipit, quæ ibi collecta serviat deinde civium usibus. *L.* 1. §. *ait, D. eod tit.* De his ergo generibus sua sunt sub hoc titulo interdicta. De aqua quotidiana exstat [6] interdictum in *L.* 1. in pr. interdictum plane idem cum eo, quod est de usu itineris actusque privati, ne scilicet ei, qui aquam hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario duxit, vis fiat, quo minus ita ducat. De aqua æstiva interdictum exstat in *ead. L.* 1. §. *deinde ait.* priori simile prope per omnia, dum hic quoque cavetur, ne ei qui hanc aquam duxit nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, vis fiat, quominus utatur. Hac in re tantum dissimile, ut et Ulpianus ibidem notat, quod superius datur

4) Vid. de hoc Interdicto Menoch. *Retin. Poss. Remed.* 5. *n.* 95. *et seqq.*

5) Vid. Menoch. *d. Remed.* 6. *n.* 57. *et seq.* Olim Senatusconsulto cautum ne aquam nisi ex castello ducere liceret, ne aut rivi aut fistulæ (quæ et Silani dictæ Lil. Gyrald. *Dialoq.* 18.) publicæ frequenter perfoderentur. Frontin. *Lib. de Aquæductib. ref.* Hiero. ; Mag. 3. *Misc.* 8. De aquæductibus publicis vid. Zach. Fridenreich. *Polit. C.* 30. *p.* 256. *et seqq.*

6) De quo Cæpolla *de Serv. Rust. Ca.* 4. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 6. qui et Q. 2. *n.* 24. etiam de servitute aquæ ductus personali hoc interdictum dari scribit, vid. 1. §. 12. et §. 43. *de aq. quotid.* Andr. Khol. *Exerc. Legali* 6.

tur ei, qui hoc anno ita duxit: hoc posterius ei, qui ita duxit priore æstate. Nec immerito, inquit Ulpianus. Nam qui hieme non utitur, referre se non ad præsentem æstatem, sed ad priorem debuit. Atque hæc interdicta ita sunt de aqua quotidiana et æstiva, ut pertineant ad eos, qui a capite aquam ducunt, ut Ulpianus scribit in *d. L.* 1. §. *ait.* Est igitur tertium distinctum a duobus prioribus, quod est de usu aquæ quæ ducitur ex castello, exstatque in *d. L.* 1. §. *ait.* Proponitur autem longe aliis, quam superiora. Illa enim proposita sunt iis, qui tantum duxerunt vel hoc anno, vel priore æstate, sive duxerunt imposita servitute, sive putaverunt impositam. *d.* §. *ait.* At de usu aquæ ex castello ducendæ non alii proponitur interdictum, quam ei cui ducere permissum est ab eo, cujus ejus rei jus fuit. Merito: facile enim hæc receptacula aquæ publicæ exhauriri possunt cum publico damno civitatis, si ut quisque inde aquam duxit, continuo illi detur interdictum ad tuendam eam ductionem: ut proinde nulli hæc ductio concedi debeat, nisi ei qui jus ducendi habeat.

VIII. Alterum genus interdictorum de aquæductu pertinet ad purgationem et refectionem aquæductus. Quo in genere unum tantum est interdictum omnes superiores aquæductus eodem jure in hac re complectens, sive hic aqua quotidiana est, sive æstiva, sive ducitur a capite, sive ex castello. Id interdictum est, quod explicatur sub Titulo De rivis: extatque in *L.* 1. *eod. tit.* in hanc sententiam, ut liceat rivos, specus, septa aquæ ducendæ caussa reficere, purgare ei, qui aquam duxit hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario, dum ne aliter ducat, quam uti prius duxit. Ubi observandum est, quam distet hoc interdictum ab eo, quod est de refectione itineris actusque privati. Nam illud non proponitur nisi ei cui servitutis jus est. *L.* 3. §. *hoc autem D. de itin. act. priv.* In hoc, ut apparet, non quæritur, an aquam ducere actori liceat, sed an hoc anno duxerit, nec quidquam nunc præter eum usum ducere instituat. Cur hoc tam dissimiliter, cum utrobique agatur de servitute, utrobique de refectione servitutis? Ratio redditur in [7] *L. ult. de rivis.* Non enim, inquit Venulejus, tam necessaria est refectio itinerum, quam rivorum: quando non refectis rivis omnis usus aquæ aufertur, unde evenit, ut et homines necentur siti. Neque enim aqua pervenire nisi refecto rivo potest. Non refecto autem itinere difficultas tantum eundi injicitur, non etiam usus tollitur. Sed et hæc ipsa difficultas, inquit, temporibus æstivis fit levior. Non est additum in edicto, quo proponitur hoc interdictum, ut qui aquæductum reficere volet, damni infecti caveat, ut est additum in itineris actusve privati refectione. *L.* 3. §. *ait*, *D. de itin. act. priv.* Sed de damno quoque infecto cavere eum debere, minime, inquit Ulpianus, dubitari oportet. Quippe hic damnum idem metuitur in hac refectione. Cum autem hic beneficium tribuatur possessori, id cum alieno damno atque injuria conjunctum esse non debet. *arg. in L. nec avus*, *C. de em. lib.*

IX. Tertium genus servitutum, de quo interdicta possessoria esse diximus, est aquæ haustus. Et de hoc duo sunt interdicta itidem ut de itinere actuque privato; unum de usu, alterum de loci refectione: sed interdicta iis quæ sunt de aquæductu in aqua quæ a capite ducitur, similiora. Proponuntur et explicantur hæc sub *Tit. D. de fonte, in L. unica.* Est enim is titulus de aquæ haustu, et pecoris ad aquam appulsu, *d. L.* 1. in pr. et §. 1. Exstat interdictum de usu in [8] *d. L.* 1. in pr. In hanc sententiam, ut qui fonte, puteo, piscina, lacu ad aquam hauriendum eaque utendum usus est hoc anno nec vi nec clam nec precario ad adversario, ne ei vis fiat; quominus deinceps ita utatur. In quo licet idem interdictum agnoscere, quod est de usu itineris actusque privati, et de usu aquæ quotidianæ in aquæductu. De refectione exstat in *ead. L.* 1. §. *deinde*, in hanc sententiam, ut qui hoc anno nec vi nec clam nec precario ab adversario superioribus aquis ita usus est, ne vis ei fiat, quominus loca superiora purget reficiat: dum ne aliter utatur, quam prius. In quo observandum est in hac refectione de aquæ haustu nonnihil plenius interdictum proponi, quam in aquæductu; cum illic non concedatur refectio nisi ei, qui aquam ducturus sit, uti duxit quovis tempore vel modico hujus anni. Hoc ideo, vel quia minus est incommodi in solo usu aquæ, quam in aquæductu: vel quia mi-

7) Hinc et festis diebus rivos reficere licuit. Virgil. 1. Georg.

. . . . *rivos deducere nulla*
Religio vetuit . . . .

Forcat. *Dial.* 68. *n.* 1. Feriis enim agi licere quod prætermissum noceret, Scævola respondit. Macrob. 1. *Saturn.* 16 Joach. Perio *Lib.* 3. *de Rom. et Græc. magistrat. pag.* 420. De hoc Interd. Menoc. *Retin. poss.* Remed. 7. Confer Cujac. 16. *Obs.* 7.

8) Sive quis prohibeatur haurire vel pecus ad aquam appellere *d. L. un.* §. 2. de die scilicet, non si nocte etc. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 6.

minus est incommodi domino fundi per quem aqua ducitur, aquæ usum referri ad priorem æstatem, quo tempore minus aquæ in rivo esse solet: cum in aquæ solo usu semper et omni tempore idem sit aquæ usus. De locis superioribus ex quibus haustus aquæ utenti et reficienti his interdictis defenditur, notandum est ideo ea interdicta ad illa loca referri, quia aquam vivam habere soleant. Ex quo intellectum est competere hæc interdicta de iis locis, in quibus aqua viva sit et perpetua, qualia sunt superiora; ad cisternas non pertinere, quia cisterna non habeat aquam vivam. Sed et cessare in lacu etiam, itemque piscina et puteo, si hæc vivam aquam non habeant. *d. L.* 1. §. *hoc interdictum, D. de fonte.* Sed et hoc non minus ex eo potuit intelligi, quod hoc interdictum ei competit qui utitur aqua; proinde qui tanquam suo jure utitur, id est jure servitutis. *L. ult. D. quem serv. amitt. L. ult. D. de itin. act. priv.* Ut sint hæc interdicta haud dubie de usu et quasi possessione servitutis aquæ haustus. Neque vero hæc omnia interdicta alia sunt, quam velut possessoria de servitutibus. *d. L. quoties, ult. D. de servit.* Non potest autem servitus consistere in ea aqua quæ viva non est et perpetua: quoniam ita est conditio servitutum omnium, ut perpetuas caussas habere debeant. *L. foramen, D. de serv. urb. præd.* quod et significatur in *d. L.* 1. *de fonte.* Cum ideo negatur hoc interdictum competere de cisterna, quia non habeat perpetuam caussam. Hoc enim valet, quia huic non est servitus: de cujus quasi possessione hæc sunt interdicta.

X. Quartum et postremum genus servitutis, cujus nomine eadem sunt interdicta, est cloacæ. De quo genere agitur sub *tit. de cloacis. D.* Est autem cloaca, ut ante dixi proximo capite *locus cavus per quem colluvies aliqua fluit. L.* 1. §. 1. *de cloac.* Ac si de servitute cloacæ quæritur, hæc solum consistit in cloacis privatis, quæ a nostris ædibus immittuntur et pertinent in ædes alienas, *L. jus cloacæ, D. de servit.* Ac de his etiam interdictum unum est ad id quod instituimus proprie pertinens, quod [9] exstat in *L.* 1. in pr. *de cloac.* Sunt tamen et quædam cloacæ publicæ per quas publicæ sordes fluunt. De quibus etiam per occasionem interdictum proponitur sub eodem Titulo. *d. L.* 1. §. *ult.* Ita sunt de cloacis interdicta duo, unum de privatis: alterum de publicis.

XI. De cloacis privatis dignum est observatione, jus de his in hac parte longe aliter constitutum esse, atque in superioribus servitutibus, sive usum spectes, sive refectionem. Primum de usu hoc diversum, quod de superiorum omnium usu interdicta proposita sunt. De usu autem cloacæ, quæ ex ædibus nostris porrigitur in alienas, nullum, sed tantum de refectione, non enim aliud proponitur de privatis cloacis in *d. L.* 1. et toto Titulo, *D. de cloacis.* Merito: esset enim, ut initio dixi, supervacuum: eum servitutes urbanorum prædiorum, quæ in superficie consistunt; per superficiem constantem, et quæ exposita sit omnium oculis, etiam constantem possessionem habeant, et quæ sub oculos cadat. Idque ex omnibus maxime apparet in cloaca. In qua nemo non videt, quomodo ex nostris ædibus porrigatur in alienas ac per hoc quomodo per hanc habendi consuetudinem a nobis possideatur. *d. L. servitutes quæ in superficie, D. de serv. urb. præd.* In re confessa nullæ sunt partes judicantis, eoque nec ullum judicium. *L. proinde*, §. 1. *D. ad leg. Aquil.* Atque hoc de usu et possessione juris habendæ cloacæ. Sed et refectio cloacarum privatarum etsi de ea interdictum est, uti et in superioribus servitutibus: longe tamen dissimili jure habetur ab eorum locorum refectione, in quibus superiores servitutes consistunt. Itineris actusque privati refectio non alii conceditur, quam ei qui et itinere hoc anno usus est, et docet sibi servitutem deberi. *L.* 3. §. *hoc autem, D. de itin. act. priv.* Aquæ ductus, aut fontis ad aquæ haustum, aut alium usum refectio, etsi hanc probationem non desiderat, non tamen non conceditur nisi ei, qui ea aqua hoc anno aut priore æstate usus est, nec aliter instituit ea uti, quam uti ante usus fuit. *d. L.* 1. *D. de rivis, L.* 1. §. *deinde, D. de fonte.* De cloacæ privatæ purgatione et refectione ita interdictum hic conceptum est, ut ex eo sit jus purgandæ, et reficiendæ cloacæ sine exceptione omnibus, quorum ex ædibus cloaca in vicini ædes pertinet. Ut appareat ita his dari, sive jus cloacæ in alienum immittendæ habeant, sive non habeant: atque adeo sive hoc anno usi sint nec vi nec clam nec precario ab adversario, sive aut in totum non sint usi, aut usi dicantur vel vi, vel clam, vel precario. Præsens hoc auxilium prætoris utilitas publica exegit in cloacis. Ut enim reficiantur cloacæ, et purgentur, horum *utrumque*, inquit Ulpianus, *ad salubritatem ci-*

9) Vid. Cœpolla *de Serv. Urb. C.* 48. *et de serv. rust. C.* 6.

civitatum et ad tutelam pertinet. Nam et cœlum pestilens, inquit, *et ruinas minantur immunditiæ cloacarum, si non reficiantur. L.* 1. in princ. *D. eod.* Hæc caussa ostendit, quamobrem in reliquis servitutibus urbanis ne de refectione quidem eorum locorum, in quibus eæ servitutes consistunt, ullum interdictum sit propositum, nihil enim in his habet privata alieni loci refectio cum utilitate publica conjunctum. Quare si qua ei cui servitutis urbanæ usus impeditur, actio esse debet, ea aut de jure servitutis esse debet, nempe confessoria, aut de possessione. Possessio cum sit certa, et controversiam non habeat, nullum potest de ea esse judicium, ut supra dixi. Ita restat sola confessoria, quæ de jure ipso servitutis urbanæ competat. Hoc tamen in refectione cloacæ cum superiorum locorum ad alias servitutes pertinentium refectione, commune est, quod et hic qui refectionem cloacæ sibi concedi petit, damni infecti, quod vitio operis datum sit, cavere jubetur. *L.* 1. in pr. *de cloac.*

XII. De cloacis publicis unum interdictum est, quod exstat [10] in *d. L.* 1. §. *penult. de cloac.* ad refectionem quidem et purgationem cloacarum et ipsum pertinens; sed refectionem et purgationem eam, non quam actor sibi concedi postulet, cum hæc cura sit publica: sed quam actor desideret ab adversario. Est enim interdictum adversus eum qui quid in cloaca publica factum, sive quid in eam immissum habet, quo usus ejus deterior sit, fiat, ut id restituat. Item adversus eum qui quid immittere parat, et molitur, ne quid hic ab eo fiat, immittaturve. Cujus utriusque hæc potestas est, atque hic exitus, ut si quid contra factum erit, condemnatio fiat quanti actoris interest id factum non esse, ut diximus accidere in omnibus faciendi obligationibus. *L. si quis ab alio*, §. *ult. D. de re jud.*

XIII. Cætera quæ ad verba et sententiam explicatiorem horum interdictorum pertinent, ex suis quæque titulis petentur, ubi dilucide sunt exposita. Tantum ea summa nobis tenenda est, ad quam spectat omnis superior oratio de servitutum possessione instituta: non de rebus corporalibus solum, sed et de servitutibus possessoria interdicta constituta esse, omnia redeuntia ad hanc summam, ne vis fiat istas res possidenti, quominus ita possideat, uti possidet. Hoc esse in his discrimen. Quod in controversia de rerum corporalium possessione, puta in interdicto uti possidetis, et utrubi, is agit his interdictis, qui possidet tempore litis contestatæ. §. *sed interdicto, Institution. de interd.* In controversia de possessione servitutum agit is, qui prius usus est, id est prius quasi possedit, etiamsi cum agitur, usus non sit. *L.* 1. §. 2. *D. de itin. act. priv.*

XIV. Hujus quasi possessionis partem esse refectionem et purgationem eorum locorum, sine quibus servitute uti non possumus. De hac ideo interdicta quoque esse comparata: sed in his hanc esse dissimulationem, quod de quibusdam servitutibus non conceditur hæc refectio, nisi iis quibus servitus debetur, quod fit in itinere actuque privato; *L.* 3. §. *hoc autem, de itin. act. priv.* de quibusdam conceditur iis qui de jure servitutis nihil docent; sic tamen, si modo ante hoc anno usi fuerint, quod fit in aquæductu, et aquæ haustu; de quibusdam conceditur simpliciter omnibus reficere volentibus, dum modo damni infecti caveant: quod jus est in cloacis.

XV. Illud ad extremum monebimus, cum hæc vis omnis maleficium sit, quo scilicet nocetur alteri, adimiturque ei ex parte sua possessio: intelligi debere omnes has actiones sic ex obligatione esse, ut sit obligatio ex maleficio. Proinde totum hoc genus inter eas obligationes, quæ ex maleficio sunt, debere referri.

CAP.

[10]) Quæ fuerunt magna mole et profusis sumptibus Romæ. Unde Plin. *Lib.* 36. *C.* 12. Romam pensilem et subternavigatam scribit, Duar. *de Op. no. nunc. C.* 8. Coras. in *L. jus cloacæ* 7. *de servit.* n. 3. Zachp. Fridenreich. *C.* 30. *p.* 261. *et seqq.* Imprimis autem cloaca maxima a Tarquinio structa Adeo ut Jo. Bocer. *Lib.* 1. *de Orig. urb. C.* 6. *pag.* 191. referat legi (auctorem autem non citat) Censores aliquando ejus immunditates ad stercorationes agrorum 100. ducatorum millibus, vendidisse. Quæ omnem veri fidem superant.

CAP. XXXV.

De vi quæ opere facto alienam possessionem aut usum rei minuit: & de interdicto, Quod vi aut clam adversus eam vim comparato.

Transitio ad interdictum quod vi aut clam. *Ejus explicandi methodus.* I.

Interdicti caussa tota in his verbis: quod vi aut clam factum est (facere *quid in hoc interdicto*) *Eadem complectitur res quatuor.* II.

1. *Opus factum; et hoc unum. Quid sit, et quot modis opus factum intelligatur.* III.
2. *Solum ubi opus fiat. Tria in solo facta opera intelligi et quæ illa.* IV.
3. *Opus quod noceat.* V.
4. *Opus factum vi aut clam. Duo personarum genera vim facere.* VI.

Eum qui prohibitus contra ac prohibebatur fecit. Quot modis quis, et a quo prohiberi jure possit. VII.

Exceptio triplex, et quæ. VIII.

Item eum qui dolo fecit quominus prohiberetur. IX.

Illum autem qui non prohibitus fecit, etsi prohibito successerit, nec vim facere, nec teneri interdicto. X.

Clam fecisse dicitur qui et opus instituit celandi animo; et fecit eo inscio, cujus interfuit opus non fieri. XI.

Quatuor præstanda ei qui celasse opus videri nolit, et quæ. XII.

Interdictum, etsi disjunctim propositum, ad id pertinere quoque nihilominus, in quo utraque caussa concurrat. XII.

Exceptio interdicto objicitur duplex et quæ. XIV.

Vis interdicti in eo, ut quod vi *aut* clam *factum est restituatur; vel quanti interest jurejurando actoris in litem contumax reus damnetur.* XV.

Datur idem intra annum in id quod interest: post annum in id quod ex eo opere pervenit; et pœnam illud, non rem persequitur. XVI.

Item datur ei, cujus interest, etiam non possidenti. XVII.

Uni autem, vel pluribus, prout vel unius interest aut plurium. XVIII.

Opus in fundo antequam venderetur aut postea, sed ante traditionem factum cujus intersit, emptorisne, an venditoris, vel utriusque. XIX.

Interdictum hoc esse adversus eum qui fecit, mandavit, jussit, aut ratum habuit. XX.

Item adversus eum qui opus possidet licet invito eo factum. XXI.

Et adversus hunc quoque actionem hanc esse ex maleficio, et quare. XXII.

I. NOn solum possidenti et re utenti vis fit corpore et manu sine ullo opere, quo ne ita possideat, de qua vi supra diximus, et ad quam reprimendam superiora interdicta comparata sunt: sed etiam, ut proposuimus, opere facto in alieno solo, aut eo, cujus possessio vel usus alienus est; quo facto objicitur possidenti utentive idem impedimentum. Etiam adversus hanc vim sua actio est jure prodita. Id autem est interdictum, [1] *Quod aut clam;* sic enim et hoc est appellatum, similiter ut superiora, a primis verbis interdicti, de quo sub *tit. D. quod vi aut clam.* Ejus summa est, ut quod vi aut clam factum erit, id restituatur. Sic autem verba sunt in *L.* 1. in princip. *D.* quod vi aut clam. *Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiundi potestas est, restituas.* Brevis comprehensio verborum: sed quæ sententia multa continet, ut apparet ex scriptis veterum ad interpretationem ejus interdicti pertinentibus, quæ collata sunt in eum titulum, quem dixi. Ex quibus iisdem intelligi potest, quam late pateat utilitas ejus interdicti. Quo diligentius ejus vis et potestas nobis cognoscenda est. Neque commodius id consequi posse videmur, quam si eosdem illos locos per quos in superioribus interdictis ivimus, in hujus quoque explicatione sequamur, ut de caussa interdicti primum; tum de vi, et in hac quid interdictum det, ordine et paucis consideremus.

II.

1) Quod retinendæ possessionis statuit noster, ut liquet ex dispositione illius et connexione; non recuperandæ, ut Jo. Tavard. *ad Rub. C. Unde vi n.* 1. *Forst. Tract. Justin. P.* 2. *Disp.* 4. *Th.* 4.

II. Habet hoc interdictum, ut apparet, hanc caussam, si quid vi aut clam factum sit. In quo si verbum faciendi acciperemus generaliter, uti est ejus cum simpliciter ponitur significatio, nihil in hac caussa amplius quærendum esset, quam quod esset vi factum, quid clam factum. Non est enim dubia significatio verbi facere: cujus eam vim esse sciunt omnes, ut omne omnino quod fit eo verbo contineatur; sive fiat opere facto, sive sine opere. Veluti cum quis it agit per fundum alienum prohibente aut ignorante domino: et sive fiat in solo, sive in re mobili, puta in navi, aut curru: nec minus sive noceat; sive prosit. *L. verbum facere, D. de verb. signif.* Sed in hoc interdicto longe aliter faciendi verbum acceptum est a veteribus, placetque eo verbo hic intelligi solum opus factum, et factum in solo, et ejusmodi quod noceat, ut mox sigillatim dicetur. Quod cum ita sit, superioris caussæ summa huc redit, ut quatuor has res desideret: primum ut opus factum sit: secundo loco ut in solo: tertio ut factum noceat: postremo ut vi aut clam factum sit.

III. Primum sic interdictum acceptum est, ut pertineat solum ad opus factum. Si quid quis in alieno fecerit sine ullo opere, hoc interdicto non tenetur; Veluti si quis fimum tulerit, si iverit, egerit per fundum alienum, si in fundo alieno venatus sit, quanvis domino prohibente. *L. ult. §. si stercus, D. quod vi aut clam.* Ita non ad opera tantum, sed ad opera sola hoc interdictum pertinet. Idque ita definitur in *L. 1. §. hoc interdictum, L. si alius, 7. §. notavimus, D. eod.* Sed unde hoc sumptum, cum verbum facti generale sit, et pateat ad omnia, quæ quoquo modo fiunt, idque ita fateatur ipse Ulpianus in superiore definitione *d. L. si alius, §. notavimus?* Non dubito, quin intellectum sit ex verbo restituas, quo jubetur in interdicto id quod factum est restitui. Non restituuntur, idest tolluntur, nisi ea quæ facta manserunt. Non manent autem facta, nisi opera quæ post factum relinquuntur. Bene igitur ex verbis sequentibus et fine interdicti, id verbum quod generis erat, ad speciem restitutioni convenientem revocatum est, idque aperte sententia interdicti postulat. Opus factum intelligitur, quidquid factum est, quod rei faciem aut naturam mutat ita, ut mutatio sub sensum cadat. Quod ex partibus hujus mutationis intelligetur. Rei cujusque facies naturave mutari solet aut inferendo immittendove aliquid in eam rem, aut de ea detrahendo, aut eam invertendo. At totidem modis placet opus fieri: certe placet veteribus totidem modis factum ad hoc interdictum pertinere; de quo tamen prius statuerant pertinere nisi ad opera sola. Inferendo mutatur facies rei, et fit opus; ut si quid ædificetur in solo; quod et proprie opus factum dicitur, et maxime vindicatur hoc interdicto. *L. si alius, 7. §. ait, §. bellissime, L. is qui, 15. §. interdictum, L. semper, §. hoc interdicto, D. eod.* Item si quis agrum pastinando lapides tollat, et projiciat in prædium vicini; si terram, si fimum in vicini locum congerat. Unde et hæc facta hoc interdicto tenentur. *L. semper, §. 1. §. seq. L. si alius, 7. §. si quis acervum, D. quod vi aut clam.* Inferendo mutatur potius natura rei, quam facies, si quis in puteum vicini aliquid effundat, et hoc facto aquam corrumpat. Quo facto eum quoque hoc interdicto teneri placet. Nempe tanquam opere facto; cujus corruptio et mutatio ita manet, ut cadat non quidem semper sub oculos, at saltem sub sensum gustus. *L. is qui, 11. in pr. D. eod.* Detrahendo eadem mutatio est, et fit opus, quod ad hoc interdictum pertineat; si quis, puta, ædificium demoliatur quanvis non usque ad solum, si tegulas de ædificio auferat, aut aliud quid ædificio affixum avellat, si succidat arbores, aut ramos defringat. *L. si alius, 7. §. notavimus, §. ult et 2. seqq. D. quod vi aut clam.* Invertendo eadem et mutatio et opus est, si quis aret agrum, aut fossam faciat. *d. L. si alius, §. pen. L. nam etsi ramos, §. ult. L. ult. §. 1. D. quod vi aut clam.*

IV. Non est satis ista facta esse, quæ mutent faciem et priorem statum rei. Etiam locus ad caussam hujus interdicti pertinet, ut fiant ista in solo. Et ad sola hæc opera, quæ fiunt in solo hoc interdictum pertinere dicitur. *d. L. 1. §. hoc interdictum, d. L. si alius, 7. §. notavimus, eod.* Quod eam vim habet, ut si quid in nave fiat, aut in alia qualibet re quanvis amplissima, mobili tamen, non contineatur hoc interdicto. *d. L. vi facit, §. pen. D. eod.* At rursum unde hoc sumptum contra significationem generalis verbi quod factum est? Ex eodem verbo restituas, quo id factum de quo agitur, interdictum restitui jubet. Ut enim non restituuntur nisi ea opera, quæ post factum manent: ita manere et restare ad restitutionem, nisi quæ in solo fiunt, ut illic perstent, non possunt. Sed diligenter videndum est, quod dicamus opus fieri in solo. Non id solum accipiendum est, quod solum ipsum tangit: sed et quod extra solum constitutum, fit tamen

men in re soli. Tria sunt, quæ soli esse intelliguntur: proinde et totidem, in quibus si quid factum sit, in solo factum interpretamur, et ad hoc interdictum pertinere. Ea sunt solum ipsum, tum superficies, id est res omnis quæ supra faciem soli eminens solo cohæret, ut ædificia, arbores. Postremo et locus cœli vacuus, qui solo imminet. Totidem, inquam, in rebus opera facta, in solo facta intelliguntur, placuitque hoc interdicto vindicari. Quæ fiant recta in ipso solo, notum est, nec quisquam de his dubitat, quin contineantur hoc interdicto: ut si quid ædificatum sit in alieno solo, si solum inaratum, si fossa facta. Quæ supra diximus opera esse ad hoc interdictum pertinentia. Sed non minus et ea pertinent: quæ fiunt in ædificio, aut in arboribus. Qualia sunt ea, quæ supra diximus, demoliri ædes, de ædificio avellere, quod affixum sit, arbores succidere, ramos auferre. *d. L. si alius*, 7. §. *notavimus*, §. ult. et 2. *LL.* seqq. *L. ult.* §. 1. *quod vi aut clam.* Etsi enim posuimus hoc interdictum pertinere ad sola opera, quæ fiunt in solo: tamen et hæc in solo fieri recte dicuntur, quæ fiunt in ædificiis et arboribus solo cohærentibus. Sunt enim hæc pars soli, cui ita cohærent, ut sine eo subsistere non possint: a quo et aluntur, et accipiunt ut sint. Et pars soli dicuntur in *L. qui res*, §. *aream*, *D. de sol. L. fructus pendentes*, *D. de rei vind.* Sed etsi nihil fiat neque in solo ipso quod cohæreat, neque adeo in re solo cohærente: si tamen projectum aut stillicidium immittatur ædibus supra solum alienum, placet quanvis solum ipsum aut rem solo cohærentem non tangat, tamen teneri hoc interdicto, ut restituatur, quasi in solo factum. Hac ratione, quod loci cujusque esse intelligitur non tantum solum ipsum, sed omne etiam cœlum quod supra id solum intercedit. *L. ult.* §. *pen. D. quod vi aut clam*, *L.* 1. *D. de ser. urb. præd.* Sed quemadmodum ad caussam hujus interdicti opus in solo factum esse oportet: ita dum in solo fiat, satis est: ut sive in privato opus fiat, sive in publico, et sive in loco puro, sive in religioso et sacro: interdictum competat. *L. vi facit*, §. *ult. D. quod vi aut clam.* Facti in loco publico exemplum in *L.* 15. *qui.* 11. §. 1. *eod.* Factorum in locis privatis exempla passim occurrunt in reliquo Titulo *Quod vi aut clam.* Sed et quod fit in privato, nihil interest, in alieno quis faciat, an in suo, dum in suo faciens alii noceat; ut si ædificet aut moliatur quid in eo loco, per quem servitus debeatur. *L.* 1, §. 1. *D. de remiss.*

V. Tertium est in caussa hujus interdicti, ut quod opus in solo factum erit, id alii noceat. Quo opere facto melior caussa agri fit, aut non fit deterior; quanvis quis aut prohibitus vi fecerit, aut fecerit clam domino; hoc interdicto non tenetur, ut factum restituat: Veluti, si quis agrum tempestive araverit, si macrum non pinguem stercoraverit, si silvam maturam non immaturam cæciderit. *L. si alius*, 7. §. *si quis acervum*, *L. si immaturam*, *D. quod vi aut clam.*

VI. Postremum est, ut quod opus in solo factum est, vi aut clam factum sit. Quid sit vi factum, quid clam, videamus. Vi facere duo intelliguntur: qui prohibitus contra quam prohiberetur, fecit: tum qui ne prohiberetur, consecutus est dolo malo.

VII In primis qui prohibitus [2] fecit. *L.* 1. §. *hoc interdictum*, *L. vi facit*, *D. quod vi aut clam.* In quo cujusmodi sit prohibitio, aut a quo proficiscatur, ad parandum ex hac caussa interdictum, nihil interest. Multis modis quis prohiberi potest: vel verbis tantum prohibentis dicentis se prohibere, nullis ad eam rem vocatis testibus: vel interposita testatione, id est testibus adhibitis, qui de prohibitione quandoque testari possint: vel interposita etiam operis novi nuntiatione aut per prætorem, aut manu opposita, aut lapilli jactus, uti mos olim solemnis, erat apud Romanos. Hoc dicimus, quidquid horum ad prohibitionem et denuntiationem intervenerit, quod contra factum erit, vi factum videri. *d. L.* 1. §. *hoc interdictum*, *d. L. vi facit*, *quod vi aut clam.* Sed nec quidquam ad rem pertinet, quis prohibeat, dominusne an is cujus interest, an vero extraneus quivis, qui alieno nomine denuntiet. Sive servus domini, sive procurator, sive adeo mercenarius, amicus, hospes, inquilinus, colonusve prohibuerit, recte quis prohibitus videtur, et quisquis is erit, interdictum per eum domino acquiretur. *L.* 5. in pr. *L. interdictum*, *quod vi aut clam.* Nec quem moveat, quod per liberam personam actio acquiri non solet. §. *ex his*, *Inst. per quas pers. L. solutum*, §. *per liberam*, *D. de pign. act.* Nam vere neque hic acquiritur. Etsi enim hic tenetur interdicto, qui ab alio prohibitus fecit: non tamen nascitur interdictum ex ea prohibitione, sed ex fa-

2) Vid. P. Fab. ad *L.* 73. §. 2. *de R. J.* Vim hanc inquietativam vocant, quam a turbativa distinguunt, licet non multum differat, Menoch. *Recup. poss. in Prælud. n.* 43. Jac. Ayrer. *Hist. Proc. Jur. P.* 1. *C.* 1. *Obs.* 3. *n.* 4. et 5.

facto et delicto facientis. Argumento est, quod etsi non prohibitus clam fecisset, haberet dominus actionem. Ita per ipsum facientem, non per extraneam personam actio domino acquiritur. Quod regula non prohibet. Hæc Ulpianus ad istam sententiam in *d. L.* 3. in pr. *quod vi aut clam.*

VIII. Non semper tamen qui semel prohibitus fecit, vi fecisse intelligitur. Justæ caussæ sunt tres quibus efficitur, ne videatur vi fecisse, aut certe ne illi prohibitio et denuntiatio facienti noceat, quasi vi fecerit. Prima est, si ei qui prohibitus erat facere, postea conventione permissum sit, ut faceret. Unde facienti saltem exceptio, quasi nec sit prohibitus, cui prohibitio est remissa. *L.* 3. §. *illud, L. vi facit, D. quod vi aut clam.* Quod tamen sic erit accipiendum, dum is permiserit, cui jus fuit permittendi. In privato solo præter eum qui prohibuit, permittendi jus est domino: item iis qui in rerum alienarum administratione vice dominorum sunt; ut procuratori, tutori, curatori pupilli, furiosi, adolescentis. Ita etiam ex eorum permissu exceptio, *d. L.* 3. §. *non tantum.* In publico solo si quid denuntiatum sit, ne fieret, semper quidem remittendæ prohibitionis jus habet, qui prohibuit, ut qui de privato tantum domino in ea re laboret. Præter hunc autem solus recte permittet Princeps aut is cui princeps jus concedendi dedit. Præses aut curator Reipublicæ frustra permiserit: quoniam his locorum publicorum procuratio, non concessio data est. *d. L.* 3. §. *plane eod.* Secunda caussa est remittens prohibitionem, si is qui prohibitus est, satis offerat de opere futuro, et defendere paratus sit, si quis agat. *d. L.* 3. §. *si quis paratus.* Sumptum ex edicto de operis novi nuntiatione. *L. prætor*, in pr. §. *deinde, D. de op. nov. nunt.* Ubi satisdatio oblata ex edicto etiam adversus nuntiationem novi operis ædificantem tuetur. Tertia caussa est, si opus aliquod instituenti opus novum nuntiatum sit: cumque post nuntiationem litigatores se commisissent prætoriæ jurisdictioni, ut fit. *L.* 1. §. *potest, D. de op. nov. nunt.* Ibi de more et jure constituto prætor opus facturo nuntiationem missam fecerit, quatenus prohibenti jus non sit prohibere, ne se invito fiat. Est autem nuntiationem missam facere, remissa nuntiatione et inhibitione novi operis potestatem pergendi in opere instituto facere. Hac remissione consequitur is qui

opus facit, ut si jure suo facit, non cogatur id restituere ullo interdicto. Estque hæc pars edicti de operis novi nuntiatione, quæ dicitur de remissionibus. De qua in *L. unica, D. de remissionib.* qui Titulus ob caussam non absurde subjectus est continenter Titulo *Quod vi aut clam.* Ex hac parte edicti sumpta est exceptio de hac remissione, quæ legitur in *L. si alius*, §. *ait Julianus. Quod vi aut clam.*

IX. Alterum genus personarum quæ vi facere intelliguntur, est eorum qui hoc ipsum per vim dolove malo consecuti sunt, ne prohiberentur. Periculum, puta adversario denuntiando si prohibiturus accederet, aut janua præclusa. Hoc Paulus in *L.* [3] *vi facit*, in pr. idem in *L.* 1. §. *hoc interdictum, D. eod. tit.*

X. Quod si quis neque prohibitus est, quominus faceret, neque dolo fecit, quominus prohiberetur, is vi fecisse non intelligitur; quantumvis adversarius aut eo animo fuerit, ut prohiberet, neque fecerit; aut ei qui recte prohibitus erat, successerit. Propone dominum cujus in solo alius aliquod opus moliebatur, cum venisset eo animo ut prohiberet, deterritum pudore et reverentia facientis non esse ausum prohibere. Dicemus adversarium vi non fecisse. *L.* 1. §. *pen. D. quod vi aut clam.* Immo adeo ne sic quidem, etsi adversarius cum vellet et auderet prohibere, non potuerit: puta, si cum vellet venire ad prohibendum, volentem alius vi detinuerit. *d. L.* 1. §. *ult. L.* 2. *quod vi aut clam.* Quippe utroque casu verum est adversarium non esse prohibitum, nec malo more consecutum, ne prohiberetur. Finge etiam aliquem recte prohibitum, sed priusquam faceret, decessisse, aut fundum vendidisse et tradidisse emptori. Si heres aut emptor ignorans caussam præcedentem fecerit; recte placet neque prohibitum teneri, quia non fecerit; neque heredem aut emptorem, quia prohibiti non sint, nec possint teneri ex persona defuncti, aut auctoris, cum hi hoc interdicto obligati non fuerint, *d. L. vi facit*, illic, *item si heres, D. quod vi aut clam.* Atque hæc definitio est ejus, quod vi factum est.

XI. Clam fecisse definiendus est, qui adversarium cujus controversiam metuebat, aut metuere debebat, ignorantem celavit quod facturus erat: et ita eo ignorante fecit. Recta est hæc definitio, et quæ utcunque agnosci potest ex iis quæ de hac specie tradita sunt in

3) Ubi Ræv. *Protribunal.* C. 21. §. *ult. periculum* exponit libellum, ut in *Rub. C. de sent. ex peric. recit.* cum fraude vel dolo quis scripturam, qua sibi denunciatur non-recepit. Vereor ut ei loco apposite.

in *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 5. *eod. tit.* sed quæ ut sciatur; quam vera sit, tum quid contineat, certiorem probationem et enucleatiorem postulet. Quod partibus distincte expositis intelligetur. Duas ergo res clandestinum factum desiderat, quas superior definitio ostendit; certam personam quæ celetur, et hujus celationem. In persona celati duo exigimus; primum ut sit is adversarius, cujus controversiam is qui opus fecit, timuit, aut debuit timere. Hoc ita in *d. L.* 3. §. *ult. eod.* Quod si quæritur, quisnam is sit, additur *ibidem*, quod valeat ad explicationem, ut videatur quisque timuisse aut timere debuisse controversiam ejus, quem existimet, aut existimare debeat, si sciret opus fieri, prohibiturum. Sed et hoc adhuc incertum. Quis est enim, quem existimare debeam id facturum? Et certe semper negare quis potest se quidquam de alio id existimasse, aut existimare debuisse. Adde igitur, quod significantius innuitur de hujus adversarii persona in *L.* 5. in pr. ut adversarius quem quis timere, quem prohibiturum esse existimare debuerit, sit is ad quem pertinuit, seu cujus interfuit opus non fieri. Et recte. Si enim nemo creditur facile jactare suum: ut est in *L. cum de indebito, D. de prob.* quisquis est ad quem res pertinet, is est omnino, quem credi par sit jus suum non neglecturum, cum adversus id opere facto aliquid institui intelliget. Non est tamen satis aliquem esse, ad quem res pertineat: sed et eum esse aliquem scire debet is, qui opus instituit. Alioqui non potest dici timuisse alicujus controversiam, qui an esset aliquis ad quem res pertineret, ignoravit. Notandum non exigere nos, ut qui opus facit, sciat quisnam is sit ad quem res pertinet. Si ad aliquem pertinere scivit, etiam si ignoravit, quis is esset, aut etiam alium dominum esse putavit, satis est, ut videatur clam fecisse, et domino interdictum competat. *L.* 5. §. *si quis dum. D. quod vi aut clam.* Ideo autem ad clandestinum factum talem aliquem exigimus, cujus controversiam is qui opus facit, timuit aut timere debuit, quia in eo qui clam facit, animus alium celandi requiritur, ut et significatur in *d. L.* 3. in fin. *D. eod.* quem animum constat nullum esse in eo, qui non putavit esse aliquem, cui denuntiare debuerit. Præterea in persona adversarii hoc exigimus, ut ignoraverit opus fieri. Quod si scivit, non potest videri celatus, eoque nec clam fecisse is qui eo sciente fecit. *L.* 5. §. 1. illic, *sed et Servius. L. si alius*, 7. §. *ait*, in fin. *D. quod vi aut clam.* Bene Ulpianus in *L.* 1. in fin. *D.* de act. empt. *non videtur esse celatus, qui scit: neque certiorari debuit, qui* [4] *non ignoravit.*

XII. Cum quis talis erit, qualem supra diximus, qui scilicet in ea caussa erit, ut possit celari, hoc in re exigimus, ut sit celatus, quo videatur clam eo factum esse, quod factum est. Celasse adversarium intelligitur, qui aut non denuntiavit ei se facturum quod fecit, aut ita denuntiavit, ut is non posset prius quam fieret, facienti occurrere. Non denuntiat, quod facit, qui aut omnino non denuntiat se quid facturum; aut cum aliquid denuntiasset, aliud fecit. Denuntiat autem ita, ut cui denuntiatur, non possit facienti occurrere, vel quia aperte de facto futuro non exprimit; vel quia non denuntiavit tempestive. Ita, si explicatius dicendum est, ut hac parte caveat sibi quisque, ne videatur celasse adversarium, atque hinc incidat in interdictum, quatuor eum præstare oportet, quorum unumquodque si desit, fit ex hac parte locus interdicto. Illud primum, ut ignoranti adversario denuntiet se opus quod instituit, facere cogitare. Qui non denuntiat, celat. *d. L.* 3. §. *ult. quod vi aut clam.* Quid tamen, si non sit cui denuntietur, neque dolo malo factum sit, ne sit? placet iis saltem denuntiandum, quos verisimile est adversario significaturos. Inter quos hi habentur, amici, procurator, vir fœminæ, item qui domi sunt, ut his ad domum denuntietur. *L.* 1. §. 1. illic, *etsi forte.* In publico municipii si quis velit facere, sufficiet ei, si curatori Reipublicæ denuntiet. *d. L.* 5. §. 1. in fin. Proximum est, ut qui facturus est, complectatur denuntiatione omnia, quæ ad id opus pertinent, idque certo nec ambigue, speciem operis quod facturus sit, et ubi facturus, et quo tempore: sed et in tempore certum dicet, puta et diem et horam. *d. L.* 5. §. 1. Quæ ideo exigimus, quia ex genere operis, et loco faciendi statuere adversarius potest, utrum sit id opus, quod inhibere jure possit, an non possit, cum possit id opus esse, et is locus, ubi fit, ut instituenti jus sit facere, et contra. Tempore autem certo faciendi non cognito inutilis sit adversario denuntiatio, qui in tempore adesse non possit

4) Menoch. 1. *Arb. Q.* 66. *n:* 4. ubi scientiam habere tradit qui substantiam, qualitatem ac omnes circumstantias cognovit. Clandestini actus censentur habere malam fidem, Tiraq. *in Præfat. de Retr. convent. n.* 14. *et seqq.*

sit ad opus prohibendum, si videatur id inhibere. Tertium exigimus, ut qui denuntiat superiora, denuntiet etiam tempestive, ut sit spatii satis adversario ad occurrendum. Qui tum denuntiat adversario, cum scit eum non posse prohibere: vel tam sero denuntiat, ut abire prohibiturus prius quam fiat, non possit, non minus celasse adversarium intelligitur. *L.* 5. in pr. quia qui id facit, perinde est, quasi nec denuntiaverit, inutili scilicet denuntiatione futura. Postremo ut quis maximę certum denuntiet, et intra id tempus, intra quod possit adversarius ad prohibendum occurrere: tamen nihil agit denuntiatio, si denuntians aliud fecit, quam denuntiavit se facturum, sive ignorante et nec consentiente adversario aliud fecit, sive dolo persuasus adversarius, quasi idem opus institueretur, novo operi consenserit deceptus. *d. L.* 5. in pr. *eod.* Merito: perspicuum est enim eum qui aliud facit: quam denuntiavit, de isto alio nihil ante denuntiasse. Quæ si ita sunt, apparet quatuor esse in summa, quæ adversarium ignorantem celasse, eoque et clam fecisse intelligantur, eosdem illos videlicet, quos initio indicavi. Primum qui non denuntiavit adversario, vel per ejus absentiam iis, quibus denuntiandum esse diximus. Secundum, qui non denuntiavit quid, ubi, quando facturus esset. Tertium, qui non denuntiavit tempestive, ut posset adversarius occurrere. Postremum qui aliud fecit, quam denuntiavit. Et hactenus interdicti caussa.

XIII. Ex hac caussa est interdictum. Sed disjunctim propositum, de eo scilicet quod vi aut clam factum est. Quæ disjunctio significat de singulis istis caussis separatim esse propositum; ut si quid vi factum sit, sit interdictum de eo quod vi factum est. Quid si quid et vi et clam fiat in eodem opere? ut si fundamenta clam jecisti, deinde cætera prohibente me fecisti: ac de toto opere interdictum postuletur? An videtur hoc interdicto recte agi posse? verba pati non videntur, neque enim de una tantum parte agere volo, sed de toto. Jam de toto si agitur, interdictum erit de eo quod vi et clam factum est. Cui conjunctioni contraria est interdicti disjunctio. Hæc enim alterum membrum tantum postulat: illa utrumque. *L. si quis ita*, 129. *D. de verb. obl.* Sed placet etsi vi et clam factum sit; interdictum ista ipsa disjunctione sufficere. *L. is qui*, 11. §. *interdictum, quod vi aut clam.* Et recte. Nam etsi disjunctiva oratio utramque partem disjunctionis non exigit: si tamen utraque exsistat, maxime satisfit orationi ex loquentis sententia. Ut si quid legetur, si navis venerit ex Asia, aut Titius consul factus fuerit: etsi alterum exsistere sufficit, si tamen et navis venerit ex Asia, et Titius consul factus fuerit: legatum maxime debetur ex sententia testatoris, cum pro unius conditionis eventu quo testator contentus erat, utraque exstiterit. Atque hæc ita sunt, etsi utraque conditio disjunctim posita in eamdem rem concurrat, ut in superiore legato. Nunc autem in proposito opere, quod partim clam fit, partim vi, res ipsa facit, ut etiam secundum verba recte dicatur de eo agi quod vi aut clam factum est, non simul quod vi et clam, habita ratione earum partium, quarum nomine agitur. Nunquam enim in alterutram partem concurrit simul utrumque, ut dicatur in ea et vi factum opus esse, et clam: sed de singulis vere dicetur, illam clam tantum factum esse, hanc vi tantum.

XIV. Est ergo in summa hoc interdictum de opere, et quod vi tantum, et quod clam tantum, et quod universum simul vi et clam factum est. Sed an semper? Et interdicti verba nihil excipiunt. Placuit tamen ex justa caussa exceptione defendi eum, qui vi aut clam fecerit. In quo duæ exceptiones receptæ sunt. Una, si actor prius quid vi aut clam fecit in eo opere, de quo agitur. Ut si quis ædificaverit vi aut clam, ego demolitus fuero vi aut clam; si ad januam meam tabulas fixerit, ego eas prius quam ei renuntiarem, refixero: si ille utatur adversus me interdicto, placet mihi exceptionem profuturam, quod ipse prius vi aut clam posuerit, quod ego postea sustuli. *L. si alius*, 7. §. *bellissime*, *L. ult.* §. [5] *si ad januam*, *D. quod vi aut clam.* Sed hoc ita recipitur in *d. L. si alius*, [6] §. *bellissime*, dum ego quod ab alio positum erat, ex magna, et satis necessaria caussa sustulero. Magna et necessaria caussa est id auferendi, si puta, neces-

5) Ubi quod habetur de tabulis januæ adfixis accipit Ræv. *Pro tribunal. C.* 3. de eo, qui clam, id est sine solita denunciatione et testatione edictum ad adversarii ædes tanquam latitantis proposuit, qui et falsi tenetur *L.* 25. *ad L. Corn. de fals.* Aliter Duar. 2. *Disp.* 40. Cujac. 16. *Obs.* 12.

6) Nec Tribonianus de suo adjecit vers. ult. *quod non aliter etc. in d. L.* 7. §. 3. ceu putat A. Fab. 12. *Conject.* 17. quia Tribonianus soleat ad officium judicis referre, etiam ubi illi locus nullus, ut in interdictis, quæ apud Prætorem ipsum exercebantur judicibus non datis. Resp. Esto. At nonne infinitis pene locis juris nostri judex usurpatur, qui jurisdictione præditus, vid. *not. Lib.* 17. *C.* 21. Quod nec ipse Faber ad *L.* 32. *pr. de Adopt.* et alibi diffitetur. En igitur quo Tribonianum carpendi libido abripiat.

cesse fuit in ædes ingredi familiæ, aut necessariarum rerum ibi inclusarum liberandarum caussa, et non potui aliter pervenire ad ædes, aut in eas ingredi, quam sublato impedimento, quo præcludebatur aditus. Cæterum si nulla necessitas præsens urgeat quod positum erat, deponendi dicemus id quod est in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* eum qui vi aut clam fecit, adversus vim, vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri posse. Altera exceptio est, si quis incendii oborti a suis ædibus arcendi caussa vicini ædes interciderit, et quod vi aut clam cum eo agatur. Nam et hæc justa et necessaria caussa est; ex qua nullum est interdictum, nulla actio adversus eum qui intercidit; si modo incendium ad eas usque ædes pervenit, quæ sunt intercisæ. Sic enim fit, ut nulla injuria nullum damnum dari videatur æque perituris ædibus. Quod si non pervenit, hactenus eum qui intercidit, ob justum metum excusari placet, ut tamen adversus eum simpli fiat æstimatio. Hæc in *d. L. si alius*, 7. §. *est et alia*, *D. quod vi aut clam.* Atqui etiam tum cum non pervenit incendium ad ædes intercisas, alibi traditur eum qui intercidit non teneri lege Aquilia: qua justo metu ductus ne ad se ignis perveniret, vicinas ædes interciderit. *L. si quis fumo*, 7 §. 1. *D. ad leg. Aquil.* Non sunt hæc contraria. Ad istius simpli æstimationem, quod dicimus, agitur hoc casu hoc interdicto. Non agitur lege Aquilia, quia in ea ultrá simplum damnum æstimatur et primo et tertio capite. §. *his autem*, §. *illud palam*, *Institution. de leg. Aquil.* Quæsitum est, an hæc etiam admittenda sit exceptio, si is qui vi aut clam fecit, et qui cum hoc interdicto agitur, dicat se jure fecisse: puta jure ædificasse ut in solo suo: jure in suo agro arborem substulisse; jure refecisse locum, per quem sibi iter debebatur. Et placet nullam ejusmodi exceptionem recipiendam: et generaliter teneri hoc interdicto omnem, qui vi aut clam fecit, sive jus habuerit faciendi, sive non habuerit. Nam si habuit; tueri jus suum debuisse jure proditis actionibus, non injuriam comminisci. *L.* 1. in princ. §. *D. quod vi aut clam.*

XV. Constituta actione ex caussa hujus interdicti, vis et potestas sequitur. In qua ut in superioribus interdictis et de re quæritur, cujus obtinendæ caussa interdictum comparatum est, et de personis inter quas agitur, ut sciatur, cui detur, et adversus quem. Res cujus obtinendæ caussa agitur, ea est, quæ comprehensa est interdicto, ut quod vi aut clam factum est, restituatur. Id autem valet restituendi verbum, ut in omni caussa eadem conditio sit actoris, quæ futura esset, si id opus de quo actum est, neque vi, neque clam factum esset. Quod nisi fit, nempe hic est actionis exitus, atque adeo vi ipsa in hoc actio competit, ut lis æstimetur, quanti actoris interest opus factum non esse: id est quidquid ex eo opere damni fuerit, et id sarciatur. Hoc in *L. semper*, 15. §. *hoc interdicto*, *L. is qui* 11. §. *quod ait*, *D. quod vi aut clam.* In quo sic æstimatur id quod interest, ut placeat interdum æstimari jurejurando actoris in litem. Id autem fieri ex regula communi in judiciis ad restituendum constitutis observata, ut tum juretur, cum reus contumax non restituit, quod potest; aut dolo malo fecit, quominus posset restituere. *d. L. semper*, §. *hoc interdicto*, in fin. et §. *pen. eod. tit. L.* 2. §. 1. *L. in actionibus*, *D. de in lit. jur.* Quod si culpa tantum non restituentis puniatur, æstimatur solum, quod vere agentis interest. *d. L.* 2. §. 1. *d. L. in actionibus*, *de in lit. jur.* Interdum ad patientiam solum tollendi operis hoc interdictum datur. Quod fit, cum agitur cum eo possessore operis, quo invito opus factum est. De quo postea.

XVI. Sed sciendum est ad quantitatem ejus quod interest non dari hoc interdictum nisi intra annum dumtaxat. [8] Post annum dari solum ad id, quod ex eo opere ad aliquem pervenit. In quo placet annum cedere incipere, ex quo opus factum perfectum est, aut fieri desiit, licet perfectum non sit. *L. semper*, §. *hoc interdictum*, *D. quod vi aut clam.* Hinc nata sunt verba illa interdicti; *cum experiundi potestas est*, *restituas.* Est enim hæc sententia restituas, si modo adhuc actori hoc interdicto experiundi potestas est. *Cum* pro *si*, ut scimus hanc vim promiscuam esse horum verborum in conditionibus exprimendis. *L. si Titio*, *D. quand. di. leg. ced. L. quodcumque*, §. *pen. D. de verb. obl.* Addita hæc conditio videlicet, quia non perpetuo hoc interdicto experiundi potestas est. Non est enim post annum in id quod actoris interest, etiam si semel ab initio competere cœperit. Nec quisquam miretur hujus anni mentionem nullam fieri in interdicto supe-

7) Vid. Gail. 2. *Obs.* 22. et omnino Lubler. *Tr. de Incend. C.* 5. *n.* 116. *et seqq.*

8) Concurrit et, si possidet actor, Interdictum uti possidetis, per *L.* 11. *de vi arm.* Et hoc pro molestia, quæ semper instat, etiam post annum ab opere facto, datur ad id ut destruatur extructum, Gomez. ad *L. Tauri* 46. *n.* 20.

periore. Ut enim actionem ipsam prætor, seu interdictum pollicebatur se daturum generali edicto de his rebus proposito: sic et tempus intra quod dabatur ea sive actio sive interdictum, adjiciebatur ab eo in eodem edicto verbis generalibus, non autem in interdicto, ut factum videmus circa interdictum unde vi in *L.* 1. in pr. *D. de vi. et uti possidetis*, *in L.* 1. in pr. *D. uti poss.* Quod autem hoc interdictum datur tantum intra annum, indicat id pœnam, non rei persecutionem continere, alioqui perpetuum futurum. *L. in honorariis*, *D. de obl. et act.* Et recte sic interdictum acceptum est. Cum dixerimus supra hoc interdictum dari etiam ei qui jus prohibendi nullum habeat, adversus eum qui jus habuerit faciendi. *L.* 1. in princip. et §. 1. *quod vi aut clam.* Quod sane cum fit, actori proprie nihil abest ex patrimonio: quod tamen quasi abesset, reus pœnæ caussa sarcire cogitur. Et in omni hujusmodi restitutione, qua quis cogitur opus sive jure sive injuria factum restituere, pœnam versari diserte scriptum est in *L. pen. D. de op. nov. nunt.*

XVII. De personis, inter quas ex hac caussa constituta obligatio est, atque hinc interdictum, sic jus est. Competit hoc interdictum ei, cujus interest opus factum non esse. *L. is qui*, §. *si fundus*, *L. denique*, §. *si ex sociis*, *D. quod vi aut clam.* Nihil hic adjicitur. Proinde utrum is cujus interest, locum possideat, in quo opus factum est, an non possideat, nihil refert. Sane ei qui possidebit, maxime interdictum dabitur, si ejus interest: cum hic opere facto impediatur possessione sua libere uti. In quo vis fit possidenti, quo minus ita possideat, uti possidet. Estque id cum superioribus interdictis commune. Sed usus interdicti longe patet latius. Competit enim interdictum omnibus, quorum interest, etiam si non possideant. *L. competit*, in pr. *D. quod vi aut clam.* Exemplo sunt in locis privatis colonus et fructuarius. Quorum neutrum possidere constat. §. *possidere*, *Institution. de interd.* §. *idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* Utrumque tamen ob opus in loco conducto aut fructuario factum fructuum nomine ad hoc interdictum admitti placet. *L. is qui*, §. *Aristo*, illic, *nam et colonus*, *L. quanquam*, *D. quod vi aut clam.* Quid mirum? cum et si quid operis factum sit in loco publico aut religioso, placeat etiam eo nomine interdictum dari omnibus quorum interest? quæ tamen loca plusquam notum est a nullo teneri, nedum possideri possint. *L. is qui*, §. 1. §. 2. *L. semper*, §. *si in sepulcro*, *D. quod vi aut clam.* Quod si ei qui non possidet, etiam ab initio hoc interdictum acquiritur, si ejus interest: multo magis cum possidenti quæsitum fuerit, etiam alienato fundo retinebitur. *L. is qui*, §. *si postea*, *D. quod vi aut clam.*

XVIII. Atque ut uni datur hoc interdictum, si solius ejus interest: ita si plures erunt, quorum intersit, iisdem verbis efficitur, ut competat omnibus. Finge in loco conducto cujus ususfructus alienus est, opus factum esse, quod non esse factum coloni, fructuarii et domini intersit. His omnibus interdictum dabitur, scilicet colono et fructuario fructuum nomine: domino nomine ejus damni, quod corpori ipsi et proprietati datum est. *d. L. is qui*, §. *ult. L. quamquam*, *L. denique*, in pr. *D. quod vi aut clam.* Eum cujus interest accipere debemus, eum cui opere facto detrahitur quid de suo, aut de eo quod recta et per se habiturus esset, si opus factum non esset. Itaque non dominorum solum interest, quibus ab opere facto aliquid detrahitur in re sua, non possessoris tantum, cui detrahitur in re possessa: sed et omnis cui voluntate domini potestas fuit aliquid ex alieno sumendi, si id ei opere facto auferatur. Quo in numero est colonus, cui propter opus factum non licet eos fructus capere ex fundo, quos jure locationis percepturus erat. Unde et ei interdictum hoc competere diximus. Itaque etiam ei competere placet, cui dominus ex fundo suo concessit arbores cædere, si eas deinde alius vi aut clam ceciderit. *L. denique*, §. *si ex sociis*, *D. quod vi aut clam.*

XIX. Hinc judicari potest, si forte opus factum sit in fundo vendito, utri interdictum hoc competat, venditorine, an emptori? Ei competere constat, cujus interest. Sed hoc quæritur in proposito, utrius horum intersit. Et convenienter superiori definitioni responsum est a veteribus in hanc distinctionem, ut si ante venditionem opus factum sit, aut etiam vendito fundo ante, quam traderetur: venditorem habere interdictum; post venditionem autem, et secutam traditionem interdictum emptori competere, quanvis precario tantum 9) tradita sit ei possessio. Summa est ejus distinctionis, quæ explicatur pluribus in L.

9) Diss. Cujac 2. *Obs.* 25. qui in *d. L.* 7. §. 12. negatione adjecta legit *non precario traditus* et 16. *Obs.* 29. Quod refellit Rob. 1. *Rec. Lect.* 35. (1) quia non necesse habuit Ulpianus contorta periphrasi uti *non precario*, pro *ex emptionis caussa.* (2) Correctio illa

L. is qui §. *si postea*, §. *si fundus*, §. *Aristo*, illic *nam et statim*, *D. quod vi aut clam*. Nempe ideo, quod ante quam ulla traditio fiat, venditoris ideo interest opus non fieri, quia opere facto adimitur ei utilitas, quam ipse recta et suo jure potuit capere, nimirum dominus. Quod contra fit ubi possessio quovis modo tradita est emptori. Nam commodum aut incommodum rei venditæ ejus est emptione contracta; ita cum ei tradita est possessio, potestas ei fit re suo arbitrio utendi.

XX. Competit hoc interdictum adversus duo genera personarum; adversus eum cujus opera opus vi aut clam factum est: tum adversus eum, qui factum habet, quanvis invito eo factum fuerit. Dissimiliter quidem adversus utrumque, quam ob caussam hæc genera distingui oportet. Sed tamen adversus utrumque suo modo. Quorum opera opus factum intelligitur, tres sunt, qui fecit, qui jussit, qui suo nomine factum ratum habuit. Adversus quos pariter hoc interdictum competit. Primum adversus eum qui fecit maxime. Is enim est proprie qui damnum dedit. *L.* 5. §. *hæc verba*, *D. quod vi aut clam*. Neque interest, qui fecit, utrum suo nomine fecerit, an alieno, et quidem rogatus. Et ideo sive procurator fecit nomine domini, sive tutor pupilli, sive curator furiosi aut adolescentis, sive syndicus nomine municipium: placet hoc interdicto teneri omnes, quia fecerint: nec ullam esse interdicti deprecationem ex eo, quod alieno nomine aut mandatu fecerint. *d. L.* 5. §. *hæc verba*, *L. is qui*, §. *si tutor*, *quod vi aut clam*. Faciendi proximus est, qui jussit mandavitve, ut opus fieret. Quinimmo et hic fecisse intelligitur: cum nihil intersit, utrum manibus suis faciat quis, an vero per alium, ut in eo cujus jussu aliquis dejectus est diximus. *L.* 1. §. *ait prætor*, vers. *dejecisse*, *D. de vi*. Ideo et adversus hunc hoc interdictum competit: ut adversus illum interdictum unde vi. *d. L.* 5. §. *hæc verba*, *quod vi aut clam*. Unde eveniet, ut cum plures ad opus faciendum isto modo accesserint, ut unus aliorum consilio faceret: obligentur in solidum omnes, licetque et cum singulis experiri in solidum ea lege, ut unius conventio alterum non liberet, sed tantum ejus quod interest ab uno perceptio. *L. semper*, §. *si in sepulcro*, *D. eod.* Quid, si duo ita mandent, ut primus mandet secundo opus fieri, secundus hujus nomine mandet tertio, sic deinde tertius faciat? facientem teneri convenit. Etiam primum teneri traditur in *L.* 5. §. *ult. D. eod.* At secundum istum, qui primo paruit, Mucius teneri negabat, ut *ibidem* scriptum est. Sed hæc sententia statim corrigitur de sententia Labeonis, in illis verbis. *Et cum.* Pro quibus [10] legendum est, *Sed cum.* Idque evidenter apparet ex eo, quod subjicitur: Labeonem putare longius porrigi verba interdicti, quam ad eas personas, quas supra commemoraverat Ulpianus. Et addit nos hoc jure uti. Et vero hæc ipsa sententia expressa est in specie proposita in *L.* 6. *seq.* Si tenetur hoc interdicto qui mandavit fieri, quasi fecisset; sequitur ut teneatur et is, qui cum ejus nomine factum esset, postea ratum habuit. Nam et hoc idem diximus in interdicto unde vi, ratihabitionem etiam in delictis mandato comparari. *L.* 1. §. *quoties D. de vi.* Quod et in hoc interdicto receptum est. *L. denique* §. *pen. quod vi aut clam.*

XXI. Sed istorum omnium una caussa est, et obligatio par, ut qui ideo teneantur omnes quasi fecerint. Est alterum genus eorum, qui tenentur hoc interdicto: is scilicet, qui neque fecit, neque mandavit fieri, neque factum suo nomine ratum habuit, atque adeo quo invito factum est; sed is qui opus factum possidet, et potest restituendo operi patientiam præstare. *L. semper*, in pr. *D. quod vi aut clam.* Sed hic longe dissimiliter a superioribus. Nam illi ita tenentur, non ut patientiam præstent, sed ut impensam quoque ad restituendum præbeant, atque adeo ut omne damnum sarciant. *L. is qui*, §. *quod ait*, *L. denique*, §. *ult. D. quod vi aut clam.* Qui autem opus factum tantum possidet, ut dominus si quid invito eo aut ignorante a colono factum est, tenetur ad hoc solum ut patientiam præstet. *L. si alius*, in pr. *d. L. denique*, §. *ult. D. eod.* id est ut patiatur opus

præsupponit extra caussam emptionis non posse ex alia quam precarii caussa tradi, quod falsum arguit *d.* §. 12. vers. *Ergo et si conduxit.* Objic. sic; quod in *d.* §. 12. vers. *si tamen* quærit Ulpianus an emptori illi, cui precaria possessio tradita, detur interdictum, idque subdubitans affirmat per verbum *videamus*, quæ diffidentis est. Unde infert Cujacius quod prius intrepide Ulpianus posuit, id eundem, sub nota diffidentiæ, non repetere, ideoque negationem inserendam, ut alia et minus dubia quæstio *in pr. d.* §. 12. decidatur. Resp. Rob. non plane insolens esse antea decisa, postea indubium revocari. Attamen in *d.* §. 12. salva illius lectione, non ideo in dubium revocari quod prius decisum. Sed hoc disquiri in vers. *si tamen*, an ideo competat quod qualiterqualiter possideat precario tenens, id est an duo hæc conjuncta id efficiant, et quia ejus interest et quia aliqualem possessionem habet, quo id deinde ad casus similes extendi possit. Sed licet hæc non improbem, magis puto *d.* vers. *si tamen* vel de alio quam emptore precario rem tenente exaudiri debere, vel si de emptore, cum intelligi qui jam sit in *possessione precario* (sic Ulpianus loquitur, non ita: si precaria possessio tradita) tempore venditionis, ea ante contractum initum a venditore aliove accepta etc.

10) Nihil mutandum, nulla correctio statuenda. Diversæ enim species, in *d.* §. 12. A. mandavit B. non ut opus faceret, ut in *d. L.* 6. sed ut fieri juberet nomine τȣ̃ A. ubi nudum ministerium et operam præstat B. in significando voluntatem mandantis de faciendo opere, et nec ipse facit, nec mandare intelligitur.

opus tolli, [11] sumptibus videlicet Actoris *L. nam etsi*, 14. *eod.* Nisi tamen conveniatur dominus ex facto servi, quo casu tenetur ut ex aliis maleficiis noxali actione, ut aut servum noxæ dedat, aut præstet impensam, quæ in restitutione facta fuerit. *d. L. nam etsi*, 14. *eod.*

XXII. Sed unde hoc interdictum adversus eum quo invito opus factum est? Nam adversus priores apparet actionem esse ex eorum delicto, atque hinc ut adversus obligatos actionem esse in personam. Hic quidem agi adversus eos, quos opus ab ipsis factum obliget, scriptum est in *L. semper*, §. *si in sepulcro*, *D. quod vi aut clam*. Sed et obligationem ex delicto esse satis dicit, qui dicit hanc haberi ex facto delinquentis ejus, qui vi aut clam fecit; quibus verbis utitur Ulpianus in *L.* 3. in pr. *eod. tit.* At unde eadem actio etiam ad patientiam præstandam adversus eum, quo invito opus factum est? Aperte enim nihil hic deliquit, cujus neque opera, neque consilio aut voluntate factum est. Neque porro ulla alia caussa adversus eum intervenit, ex qua obligatio nasci solet; constat enim eum neque contraxisse, neque quasi contraxisse, neque quasi deliquisse, ut sunt ea quæ de postremo hoc genere dicemus postea. Dicendum est eum qui opus vi aut clam factum possidet, et convenitur ut patientiam

restituendo operi præstet, si hanc non præstat sponte, ex maleficio suo conveniri, non eo quod ante præcesserit; sed quod tunc admittatur, cum non patitur opus restitui, quod pati potest, et pati debet injuria factum restitui. Tunc enim [12] incipit vim facere, quominus re integra utatur, qui ea adversus vim et clandestinum factum integra uti debuit. Ita fit, ut hujus quoque interdicti obligatio et actio in omnibus suis partibus, et adversus omnes superiores personas recte dicatur ex maleficio esse; ac proinde inter eas obligationes, quæ ex maleficio sunt, debeat omnino referri. Illud de maleficii genere notandum, quod initio dixi, versari hic vim, quæ opere aliquo fiat possidenti, tenenti, utentive re aliqua soli, quominus utatur fruatur. Nec quem moveat, quod interdictum datur etiam de iis quæ clam fiunt. Nam et clandestino opere vis fit non minus. Sane in faciendo non est vis, cum nemo prohibeat. Sed in facto retinendo vis est ad impediendum alienæ rei usum. Unde et de eo opere quod quis in nostro fecit, placet non tantum hoc interdicto agi posse: sed etiam *Uti possidetis*, *L. de pupillo*, §. *meminisse*, in fin. *D. de op. nov. nunt.* hoc autem posterius constat adversus vim quæ fiat possidenti, comparatum esse. *L.* 1. in pr. §. *est igitur*, *D. uti poss.*

11) Vel potius ejus qui extruxit per *L.* 15. §. 8. *L.* 16. §. *ult. h. t.* Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 22.

12) Recte. Nec hic moror Ant. Fab. qui 53. *Err. Prag.* 2. negat teneri interdicto possessorem, qui ipse non fecit. Patientiam autem ab illo præstari putat in necessariam consequentiam interdicti, quod contra eum ipsum, qui vi aut clam fecit, qui cum possidet tenetur ad patientiam et impensam tollendi operis, cum non possidet ad impensam. Frustra vero conveniretur, ait, et condemnaretur ad impensam præstandam, si non possessor teneretur præstare patientiam tollendi, quam recusare nequit quia vi aut clam factum Prætor ratum non habet *L.* 21. §. 1. *Quod met. ca.* Non igitur tenetur, ait Faber, hoc interdicto possessor operis, quia id restitutorium est *L.* 1. § 1. *h. t.* si forte contra eum solum agere velit et impensam de suo præstare. Et patientiæ præstatio est extra caussam interdicti, atque ad exsecutionem sententiæ contra factorem operis ex interdicto redditæ, pertinet magis quam ad jus proponendi interdicti. Prius enim est ut ille condemnetur ad restitutionem, quam ut quæratur de patientia.

CAP. XXXVI.

Genus impediendæ alienæ possessionis mistum ex utroque superiore esse, cum arbor aliena in nostrum impendet, aut radicibus intumescentibus periculum ædibus nostris minatur. Unde et specialia interdicta eo nomine prodita, de arboribus cædendis.

Cur de cædendis arboribus interdicta proposita. I. III.
Item quare distincta a duobus superioribus. II.
Duo illa, et quæ. Quid vi et potestate differant. III.
De arbore, quæ fundamentis ædium nostrarum periculum creat radicibus excrescentibus utile proditum interdictum. IV.

I. Genus impediendæ possessionis ex superioribus duobus mistum est in iis arboribus, quæ ex alieno in nostras ædes, aut in agrum nostrum impendent, aut quæ vicinæ excrescentibus in nostrum radicibus periculum ædibus nostris minantur. Liberæ possessionis ædium nostrarum est, ut ne quid ex alieno immissum pati cogamur. At arbor ex alienis ædibus in nostras impendens acceptum ex pluviis et imbribus humorem cum reddere cogatur, necesse est eum perpetuo in nostras ædes immittat. Quo facto non tantum nocet ædibus, sed etiam nos re nostra libere uti non sinit. Quæ autem ex alieno agro impendet in nostrum, eadem de caussa, et præterea umbram faciendo nocet culturæ agri nostri, nocet frugibus. Qua ex re itidem ut superior liberam possessionem nobis non relinquit. Accedit eo, quod arboribus in nostrum ita impendentibus cœlum, quod supra ædes aut agrum nostrum est, nobis non relinquitur liberum. Quod tamen ad possessionem rei nostræ liberum esse debet. *L. 1. D. de serv urb. præd· L. ult. §. pen. D. quod vi aut clam.*

II. Ex his facile est agnoscere in hac impendentia versari factum simile illi, quale vindicatur interdicto Uti possidetis: cui tunc locus est, cum quis nos prohibet uti possessione nostra ut volumus. *L.* 3. §. 1. et seqq. *D. uti poss.* Sed tamen hoc factum ad interdictum non pertinet: quia eo tunc solum utimur, cum quis nos facto suo possessione nostra uti prohibet. Hic arbor ipsa prohibet non in hoc primum sata ut in nostrum impenderet. Potius igitur pertinere quis dixerit ad interdictum, Quod vi aut clam, cui locus est, cum opere facto ab alio nobis nocetur. Sed multo minus eo interdicto in hac specie uti possumus. Nam quæ arbor in nostrum impendet, non impendet opere a nobis facto, sed incremento naturali, quo arbor sua sponte ad eam amplitudinem excrevit. Adde quod cum primum a nobis sata aut plantata est, quo tempore in nostrum non impendebat, neque vi neque clam nobis a vicino id factum est: cum neque prohiberemus, quod nec potuimus prohibere; neque vicinus deberet metuere nostram controversiam in eo quod aperte esset juris ejus. Habet ergo hoc factum nonnihil ex utroque genere factorum superiorum: sic tamen, ut si singuli per se spectentur, sit in eo nonnihil, ac proinde ad neutrum ex superioribus interdictis existimetur pertinere.

III. Quod tamen cum ad impadiendam possessionem æque spectaret, et videretur vindicandum non minus, propria [1] comparata sunt in eam rem interdicta, quæ ex eo quod persequantur appellata sunt de arboribus cædendis. Ea sunt duo, unum de arbore, quæ ex alienis ædibus impendet in meas ædes. Alterum de arbore, quæ ex alieno agro in meum impendet. Dissimili utrumque potestate, prout est damnum, quod ab his varie imminet. Quæ ex alienis ædibus impendet in nostras, hanc jubetur vicinus stirpitus adimere. Si per eum stat, quominus ita adimat, interdictum propositum est in hoc, ut nobis eam arborem adimere, eamque nobis habere liceat,

1) *L. 1. C. de Interdictis.* Datur et actio finium regundorum *L. ult. fin. reg.* sed si arbor plantata legitimo quinque pedum spatio non intermisso, quod ibi solum spectatur, sive obsit sive non noceat, sive impendeat aut inclinata sit in alienas ædes, vel fundum sive non. Hæc autem interdicta etsi ultra illud spatium L. 12. tabb. arbor posita, modo inde noceri vicino possit, Nicol. Valla *de reb. dub. Tr. 8. n. 10. et seqq.* Vid. et de hac materia Hieron. Mag. 4. *Misc. et Var. Lect.* 7. Coras. ad *L. 1. de serv. n.* 68. Jo. Bapt. Costa *Tr. de facti scientia et ignor. Cent. 1. Distinct.* 1.

ceat, dum quominus ita faciamus, vis nobis fieri prohibetur. *L. 1. D. de arb. cæd.* De arbore quæ ex alieno agro in nostrum impendet, ut minus ab ea agro damni est, quam ædibus: ita et de ea mitius agitur. Non enim jubetur dominus eam succidere, et adimere totam, ut prius: sed tantum quindecim pedes a terra eam altius coercere: Quod si per eum stet, quominus ita coerceat: hic interdictum est, quo vetatur vis fieri, quominus nobis ita eam coercere, lignaque nobis habere liceat. Exstat interdictum ejusque a priore differentia in *ead. L. 1. §. ult. de arb. cæd.* Est autem coercere arborem, ramos arboris circumcidere. Effectum ideo, ne umbra arboris noceret vicino prædio, ut *ibidem* explicatur.

IV. Non minus certum damnum, et possessionis nostræ impedimentum nobis objicitur ab ea arbore, quæ in nostras ædes non impendet, sed vicina radicibus crescentibus fundamentis domus nostræ periculum adfert. Qua in re par caussa etiam hoc postulabat, ut æque ea arbor adimeretur, atque ea quæ ex alieno nostris ædibus impendet. Deerat tamen in hanc rem interdictum, cum duo tantum superiora de arboribus in nostrum impendentibus proposita essent a prætore. Sed æquitate ita suggerente, quæ ex superioribus interdictis colligitur, Alexander Imperator ex hac caussa utile interdictum dedit in *L. 1. C. de interd.*

C A P. XXXVII.

Possessioni et detentioni veræ quædam esse similia, de quibus et ipsis ademptis denegatisve æque sint interdicta. In his interdicta adipiscendæ possessionis, et ea quæ sunt de rebus hominum commercio exemptis.

Interdicta et adversus eam vim prodita, quæ adimit, aut minuit possessionem vere et quæsitæ similem. I.

Similis est veræ detentioni aut rerum privatarum nondum quæsita possessio, aut usus exemptarum commercio rerum. II.

Possessio nondum quæsita quatenus nostra esse videatur. De hac adipiscenda sex prodita Interdicta. III.

Quæ illa, quibus et adversus quos dentur. Breviter atque ordine explicantur singula. IV. V. VI. VII. VIII. IX.

Adversus manu prohibentem usum commercio exemptarum rerum actio injuriarum data. X.

Item duo interdicta pro usu religiosarum rerum. At pro usu rerum publicarum singula pro singulis proposita. Ex compendio exponuntur. XI.

Adversus opus quo usus commercio exemptarum rerum impediatur, prohibitoria et restitutoria proposita pro singulis interdicta. XII.

Exceptio. XIII.

Interdicti de libero homine *cognitio unde petenda. Illius quod interest actoris qualis hic et quatenus ineunda æstimatio adversus contumacem.* XIV.

Interdictum de liberis nostris *duplex, et quale: æstimatio ejus quod parentis interest, quatenus probetur adversus contumacem.* XV.

I. SEd quæcunque vis superior adhibetur ad auferendam impediendamve alienam possessionem, quæ vis superioribus interdictis vindicatur, ea si interdictum quod vi aut clam ex parte exceperis, pertinet solum ad possessionem et detentionem veram, qualis esse solet in rebus privatis, et eam quæ jam cuique sit quæsita. Et proprie nulla alia cuiquam aut adimi possessio potest, aut minui. Neque enim potest adimi ei qui non habet. Ut autem quis non habeat, una aliqua ex his duabus caussis pariter accidit, si aut de his rebus agatur, in quibus nulla sit cuiquam privata possessio vel detentio, aut res possessionem admittat, sed qui agit eam possessionem nunquam quæsierit. Sunt tamen quædam possessioni veræ, et quæ jam quæsita sit, similia: adversus quæ non minus vis

vis fieri potest, quominus ea teneamus, quam adversus veram possessionem detentionemque rei nobis ante quæsitam. Atque hinc adversus eam vim et ademptionem non minus comparata interdicta.

II. Huic detentioni similia sunt duo: In rebus quidem privatis possessio adipiscenda, si quando ea jure pro nostra habeatur: rebus autem commercio et patrimonio hominum exemptis usus earum rerum concessus. In rebus privatis certum est consistere veram cum possessionem, tum detentionem, ut quæ privato jure teneri et haberi cuique possint. Sed tamen nulla esse potest nostra possessio nisi prius quæsita, eoque, ut dixi, nec nobis adimi, quæ non est, nec minui, aut impediri.

III. Interdum tamen hanc ipsam possessionem nondum nobis quæsitam placet quibusdam in rebus ita nobis præstari debere, ut quodammodo jam habeatur pro nostra, atque hoc modo fiat, ut hoc ipso videatur adimi, quia nobis non præstatur. Si id fieret in rebus omnibus, quarum possessio nostra esse debet, diceremus de omnibus rebus nostris quarum possessionem nunquam adepti sumus pariter interdicta constituta esse, aut constitui debuisse ad eam possessionem adipiscendam: cum æquissimum sit unumquemque rem suam possidere. Nunc autem certis tantum, in rebus, et certis tantum personis hoc tributum est. Unde intelligi debet, de possessione adipiscenda si quæ interdicta proponuntur, non tam ideo proponi, quia possessio alicujus rei nostra esse debeat: quam quod nondum quæsita talis sit, ut propter præstationis æquitatem jam videatur esse nostra: magisque hic de quæsita retinenda, aut amissa recuperanda agi intelligatur, quam de nondum quæsita jure nostro adipiscenda. Quibus in rebus hoc jus receptum sit, quibus datum et adversus quos: tum quatenus, ex iis interdictis, quæ adipiscendæ possessionis caussa proposita sunt, intelligetur.

IV. Ea sunt sex. Primum quod appellatur. [1] *Quorum bonorum* a primis verbis interdicti; propositum de rebus hereditariis quæ ab illo detinentur, quas heres nunquam possedit. Propositum heredi non cuivis, sed ei qui bonorum possessionem apud magistratum agnovit: adversus eum, qui quid ex his bonis possidet pro herede prove possessore, aut dolo malo fecit, quominus possideret, ut id agenti restituat. Exstat interdictum in *L.* 1. *D. quor. bon.* idem Titulus in C. summa commode comprehensa in §. *sequens*, *Inst. de interd.*

V. Secundum est, quod appellatur. [2] *Quod legatorum*, similiter ex initio interdicti. Propositum de eo quod legatorum nomine quis de re rebus hereditariis occupavit non ex voluntate ejus ad quem ea res pertinet, id est heredis. Propositum heredi qui nunquam possedit, adversus eum qui occupavit, ut id restituat: hac lege tamen, si heres satisdedit eorum legatorum nomine, aut per eum non stet, quominus satisdetur. Indicatur hæc summa interdicti, ejusque partes in *L.* 1. in princip. et §. *quod ait*, 1. 2. et 3. *D. quod legat.* exstat Titulus idem in *C.*

VI. Tertium [3] est, propositum iis, qui a magistratu in possessionem alicujus rei alienæ missi sunt ad hoc, ne his vis fiat, quominus in possessione sint. Quod proponitur in *L.* 1. et explicatur deinceps *D. ne vis fiat ei qui in poss. mis. est.* Mittitur in possessionem a magistratu certis tantum de caussis. Caussæ comprehensæ in *L.* 1. *D. quib. ex cau. in pos. eat.*

VII. Quartum est *de* [4] *tabulis exhibendis*, propositum de tabulis, id est de omnibus scripturis, quas quis ad supremam voluntatem suam pertinentes reliquit, propositum omnibus, qui quid his tabulis supremis

1) De quo Don. ad *Rub. C. h. t.* Peregrin. *de Fideicomm. Artic.* 46. Menoch. *adip. poss. Remed.* 1.

2) Vid. Don. noster ad *Rub. C. quor. leg.* Peregrin. *de Fideic. Art.* 47. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 2.

3) At Menochius hoc refert inter retinendæ possessionis interdicta *retin. poss. Remed.* 1. Sane cum prætor et tueatur missos, et prohibentes venire coerceat *L.* 1. §. 1. *h. t.* apparet hoc interdictum esse modo adipiscendæ modo recuperandæ possessionis vid. Val. Guil. Forst. *Tract. Just. P.* 2. *Disp.* 4. *Th. lit. E.* Et hic quoque manu militari missus induci potest *L.* 3. *pr. h. t.* scilicet si vi quis in possessionem venire volens repulsus. Sic non obstat *L.* 1. §. 2. *Si ventr. nom. mul.* Nam *ibi* qui per dolum venit in possessionem vim nullam fecit. Igitur manu ministrorum non dejicitur, sed ordinarium interdictum sufficit. Theodorus Straitman, *antimon. LL. civil.* 42. et Pac. 7. Q. 15.

4) Etsi imperfectum sit, aut inutile testamentum *L.* 2. §. 13. *h. t.* modo sit signatum *L.* 6. *pr. ad L. Corn. de fals.* Don. ad *h. tit. C. n.* 3. Sed etsi falsum testamentum dicatur *d. L.* 1. §. 3. Obstat *L. ult. h. t.* ubi per publicam quæstionem utique intelligitur falsi crimen. Resp. Pac. 7. Q. 14. accipit *d.* §. 3. ubi de falso civiliter quæritur, uti potest *L.* 16. *L.* 23. *C. de fals.* Sed *d. L. ult.* ubi criminali et publico judicio. Et Theod. Straitman. *antinom. LL. civil.* 41. Si principaliter, ait, agitur ut tabulæ exhibeantur ex interdicto, adversarius objiciens eas falsas esse, non auditur *d. L.* 1. §. 3. Secus si principaliter vertatur quæstio falsi, et qui falsum scripsisse vel sibi adscripsisse arguitur, sibi tabulas exhiberi petat. Qui non auditur *d. L. ult.* tum ne falsi crimen contegat, tum quia non exibetur, nisi iis qui commodum ex testamento spectant *L.* 3. §. 10. *h. t.* Perpetuum vero hoc interdictum et post annum competit *L.* 3. §. *pen. h. t.* quia cum præparatorium sit ejus actionis, qua rem postea persequi volumus, ad rei persequutionem spectare intelligitur. Ergo per *L.* 35. *de O. et A.* Rob. 1. *Rec. Lect.* 29. juste notans Cujac. qui ad 4. *Sent. Pauli* 7. §. 6. negantem voculam *d.*, §. *pen.* inserendo sententiam invertit, quia Paul. *d.* §. 6. scribit intra annum agi. Nec igitur, arguit Cujacius, recte diceret Ulpianus *constare*, cujus contrarium Paulo probatum. Resp. Rob. Pandectarum locos illorum fragmentorum censuræ inscitæ subjici; *Constare* recte dici quod non extra omne dubium positum. ἐμφατικῶς, loquenti scilicet. Quin imo nec aliud Paulum sentire. Intra annum agi postquam petitum jam et concessum est interdictum, arg. *L.* 3. §. 12. *de vi arm. L.* 7. §. 5. *Com. divid.* Quod ceu infandum et absurdum immerito exagitat, Cujac. 16. *Obs.* 28. vid. et Arumæ. *Disp. Pand.* 21. *Th.* 14.

mis adscriptum habent; adversus eum penes quem hæ tabulæ sunt, aut cujus dolo factum est, ut desinerent esse, ut eas desideranti exhibeat. Exstat interdictum in *L.* 1. et explicatur deinceps toto Tit. *D. de tab. exhib.* Quibus detur, apertius scriptum est in *L.* 3. §. *quod sit*, in fin. *eod. tit.* Eodem pertinet *L. unica*, *C. eod.*

VIII. Quintum est *de glande legenda.* propositum domino, cujus ex agro in alienum glans cecidit, ne vis fiat ei, quominus eam glandem tertio quoque die inde legere, et auferre liceat: atque ita rei suæ possessionem nancisci. Ubi glandis verbo [5] omnes fructus intelligere debemus. Hoc in *L. unica D. de gland. leg.*

IX. Sextum hujus generis interdictum est, quod appellatur *Salvianum*, adipiscendæ, inquit Justinianus, possessionis caussa comparatum, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Hoc ille in §. *sequens*, in fin. *Inst. de interd.* adde, de rebus coloni in fundum illatis. Unde dubitatio et tractatio totius *L.* 1. et 2. *D. de Salvian: interd.* Est autem adversus omnes, qui eas res possident, aut dolo desierunt possidere, etiam extraneos, ut diserte scriptum est in *L.* 1. §. 1. *D eod.* sed utile. Verum hoc durius et præter significationem verborum. Plura [6] scripsi de hoc loco ad *d. L.* 1. *C. de prec.*

X. In res quæ commerciis hominum exemptæ sunt, neque possessio cadit, neque privata detentio. Ut hæ res haberi non possunt, cujus generis sunt sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ, liber homo, *L.* 4. *L.* 6. in pr. *D. de contr. empt.* sic nec possideri tenerive a nobis privato jure possunt. *L. qui universas*, §. 1. *D. de acq. poss.* Id etsi ita est, tamen in his suus quidam usus nobis legibus concessus est, ad quas et illæ constitutione ipsa sui destinatæ sint, ut in jure et conditione earum rerum suo loco docuimus. Rebus sacris ad usus sacros utimur: religiosis ad sepeliendos mortuos; rebus publicis ad eas res, ad quas singulæ comparatæ patent omnibus: ut viis ad commeandum, flumine ad navigandum: ripis ad naves appellandas, ad onera invehenda, et inde exportanda. Liberorum hominum usus est ad operas, et ministeria præbenda. Etsi hic usus omnis neque possessio; neque detentio dici potest; tamen cum sit aliquid detentioni simile, et ad jus nostrum pertineat, placet nihil istorum ab alio nobis adimi, aut minui debere. Quod si fiat, æque adversus eam vim interdicta sunt prodita, ut de vera possessione omni retinenda. Eaque ita sunt, ut est impedimentum, quod nobis adversus eum usum objicitur. Impeditur hic usus in rebus immobilibus supra scriptis ut possessio privata, partim manu, partim opere aliquo in his rebus facto. Qui manu aut alia vi prohibetur quominus his rebus utatur, uti per leges licet, huic de omnibus in universum est actio injuriarum adversus eum qui prohibet, ut sub Titulo de injuriis diximus. *L.* 2. §. *si quis in mari*, *D. ne quid in loc. pub. L. injuriarum*, §. *si quis me*, *D. de injur.*

XI. In quibusdam etiam interdictum propositum eo nomine, ut de locis religiosis duo: unum ut in locum religiosum liceat mortuum inferre ei, cui inferre jus est. Alterum, ut quem in locum cui mortuum inferre jus est, in eo loco illi sepulcrum sine dolo malo [7] ædificare liceat. Exstant in *L.* 1. *D. de mort. inf.* In rebus publicis hæc: de via publica, itinereve publico, ne cui vis fiat, quominus his ire agere liceat. *L.* 2. §. *ult. D. ne quid in loc. pub.* De loco publico, quem quis recte conduxit, ne ei vis fiat, quominus eo e lege locationis frui liceat. *L.* 1. *D. de loc. pub. fruen.* De flumine, lacu, fossa, stagno publico, ne cui vis fiat, quominus per hæc navigare liceat. De ripa publica, si quis prohibeatur per eam onerare, aut exonerare. *L. unic. Ut in flum. pub. navig. lic.* Ejus vis et prohibitionis species est, si quis has res, in quas refectio cadit, ut vias itinerave publica, aut ripam fluminis, reficere prohibeatur. Nisi enim corrupta hæc reficimus, his uti ut oportet, non possumus. Et ut loquitur Ulpianus, nisi permittitur alicui reficere, alia ratione usu incommodatur, qui sine refectione nullus est. *L.* 1. in pr. *D. de rivis*, *L.* 1. §. *deinde*, *D. de fonte.* Ideo et in hoc genere rerum interdicta proposita de reficiendi potestate ad eumdem illum publicum tenendum pertinentia, quale est de itinere et via publica, quo hæc aperire, reficere liceat, dum ne ea via, idve iter deterius fiat. *L.* 1. *D. de via pub. et*

itin

5) *L. un.* §. 1. *h. t. L.* 236. §. 1. *de V. S.* Eo quod olim glandibus ante repertas fruges vescerentur homines. Proprie autem glans est fructus e quercu, robore, esculo, ilice, Plin. *Lib.* 16. C. 5. Gœd. ad *d. L.* 136. §. 1.

6) Et Menoch. *Adip. poss. Remed.* 3. Tessau. *Decis.* 175. *et seq.* Fachin. 8. *Controv.* 92. *et seq.* fise Ant. Fab. *de Err. Prag. Decade* 58. *et* 59. *et* 61. *Err.* 1. *et* 2.

7) Sepulcra veterum non ita in cœmeteriis publicis, sed extra urbes, vid. *supra Lib.* 4. *C.* 1. *N.* 14. in agris ac propriis fere fundis fuerunt, vid. Luc. Jo. Scoppa *Collectan.* C. 28. Bernardin. Realin. *Annot. C.* 10. Warem. de Erenb. *Meditam. pro fœderib. Lib.* 2. C. 1. *n.* 104. Interdicta autem hæc cum caussam quasi proprietatis contineant *L.* 2. §. 2. *de interd.* sententia in iis lata parit exceptionem rei judicatæ in petitorio. Nicol. Everh. a Middelb. *Cons.* 15. *n.* 5.

itin. pub. refic. Sed et hujus usus pars est efficere in rebus publicis, non tantum ut prosint, sed multo magis si abfuturæ videantur, ne noceant. Unde ad hanc rem refectio, et munitio ripæ publicæ accolis concessa, ne flumen noceat, et interdictum eo nomine propositum, ne vis fiat, quominus ripam adversus vim fluminis munire liceat: his conditionibus quæ interdicto comprehensæ sunt. Exstat in *L. unica, de rip. mun.*

XII. Adversus opera autem, quæ in locis sacris, religiosis, sanctis, publicis ad usum in his rebus concessum impediendum fiunt, uti sunt opera, ita et interdicta proposita, de futuro opere, ne quid fiat, immittaturve in hæc loca: de præterito autem et eo quod jam factum est, ut restituatur. Hæc sine exceptione proposita de locis sacris et sanctis. Prius prohibitiorium exstat in *L. 1. D. ne quid in loc. sacr.* posterius restitutorium etiam de his fuisse, ut quod in his factum est, restituatur, diserte scriptum in *L. 2. §. si quis nemine,* in fin. *D. ne quid in loc. publ.* De viis et itineribus publicis eadem interdicta: sed cum hac conditione, si quid fiat, factumve sit, quo ea via, idve iter deterius sit, fiat. Exstat in *d. L. 2. §. ait, §. prætor, ne quid in loc. publ.* De fluminibus eadem cum hac conditione, si quid in his fiat, factumve sit, quo aliter aqua fluat, quam priore æstate fluxit. Exstant in *L. unica*, in princip. et § *ultim. D. ne quid in fluminib. publ.*

XIII. Unum genus publicorum locorum hic excipitur, in quo propositum est tantum interdictum de opere futuro, ne fiat; si quid autem in his ædificatum jam sit, non datur interdictum ad opus restituendum. Ea sunt loca publica; quæ in urbibus habentur, ut areæ, ambulacra, viæ publicæ. De his hoc interdictum est, ne quid in loco publico fiat, neve in eum immittatur, qua ex re quid alii damni detur, præterquam quod cui jure facere concessum est. De eo autem quod factum erit, negat nominatim prætor se interdictum daturum. Hoc in *L. 2.* in princip. *D. ne quid in loc. pub.* Id autem pertinere ad ea opera tantum, quæ fiunt in urbe, et locis hujus publicis, declarat Ulpianus in *ead. L. 2. §. si quis nemine.* Qui diserte confirmans, quod diximus, ante denegari edicto, primum ait si quis nemine prohibente in publico ædificaverit, non esse eum cogendum tollere, scilicet privato agente cui in eam rem denegatur interdictum restitutorium: et quia, inquit, prohibitorium est interdictum, non restitutorium; deinde ut intelligeremus, de quibus locis publicis id dictum esset, rationem hanc reddit, istius juris constituti, ne urbs ruinis deformetur. Neque tamen ideo quod in his locis publicis ædificatum est, impune erit, sed ea cura pertinebit ad eos, qui operibus publicis procurant, ut æstiment, obstetne id ædificium publico usui, an non obstet. Si obstet, id deponant; si non obstet, concedant ædificanti, sed hac lege, ut ei vectigal solarium imponant, idest id quod pro solo pendatur Reipublicæ. Sed quorsum rebus integris prohibere, ne quis quid faciat in loco publico, inve eum immittat, si postquam id factum immissumve est, de eo agere non licet, ut restituatur? Sane vero inutile esset id prohibere, si de eo quod postea factum est contra denuntiationem, non liceret agere, ut restitueretur. Sed licet. Unde Ulpianus in supra scripto loco non dicit simpliciter eum qui in publico ædificaverit, non esse cogendum tollere; sed sub conditione, si nemine prohibente ædificaverit. Quo significat et eum qui alio prohibente in publico ædificavit, cogendum esse tollere, non tantum per eos, qui opera publica procurant, per quos semper potest: sed privato agente, qui ante prohibuerat. Neque in eo secum pugnat Ulpianus, qui negat de eo opere quod factum est propositum esse interdictum restitutorium, quod et edicto expressum est. Sane enim non est interdictum ullum prohibitorium de eo opere, quia factum sit in loco publico, de quo genere locorum hic interdicta proponuntur: sed quia factum sit vi. Unde hic locus erit interdicto Quod vi aut clam. Quod de omni opere vi facto, etiam si in publico, atque adeo in sacro aut religioso factum sit, competit. *L. vi facit, §. ultim. D. quod vi aut clam.* Cætera ad cognitionem pleniorem horum interdictorum pertinentia ex ipsis titulis, quos notavi, petentur.

XIV. Etiam de liberis hominibus interdicta proposita sunt ad eum usum obtinendum, quem in his aut ipsorum voluntas, aut leges nostrum esse volunt. Sunt autem in hoc genere interdicta prodita partim de libero homine extraneo, partim de liberis nostris, quos in potestate habemus. De libero homine extraneo unum, ut quovis agente si quis liberum hominem dolo malo retinet, eum exhibeat. Exstat in *L. 1.* et deinceps explicatur *Tit. de lib. hom. exhib.* unde peti possunt cætera ad hujus interdicti exsecutionem necessaria, sive quæritur quibus detur, sive adversus quos. Illud non explicatur adversus

eum,

eum, qui forte exhibere jussus non exhibeat, quæ possit esse condemnatio. Scriptum quidem est in *L.* 3. §. *pen.* in fin. *D. eod. tit.* si reus condemnatus non exhibeat, litis æstimationem eum sufferre. At quænam ista est litis æstimatio? Nulla, ut videtur; omninoque videtur hæc actio nullum exitum habitura. Etenim si sequimur regulam juris, non potest hic aliter lis æstimari, quam ut damnetur reus in id quod actoris interest, quia non fiat, quod debuit. Sic enim jus est in omnibus faciendi obligationibus: usque adeo, ut si actoris nihil intersit, continuo placeat nullam esse adversus reum neque actionem, ne condemnationem. *L. si quis ab alio*, in princip. et §. 1. *D. de judic.* Atqui hoc interdicto non id agitur, ut nobis quid præstetur, sed ut alii: non ut quidquam nostrum exhibeatur, sed ut alius, idemque et liber homo, et qui non sit in nostra potestate. Denique alienæ libertatis tuendæ caussa hic agitur, non nostræ. *L.* 1. *D. eod.* Porro sententia hæc veterum rata est, ut alii quid detur, aut fiat, nostra nihil interesse. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de verb. obligat.* Ita fit omnino, ut hæc actio sit inutilis, ex qua jussum judicis impune contemnere liceat reo, ubi in eum nulla sit condemnatio. Dicendum est finem maxime interdicto esse propositum, ut hic consulatur libertati alienæ, ut exhibitio demonstrat, *d. L.* 1. *L.* 3. §. *hoc interdictum*, *D. de lib. hom. exh.* Sed pertinet nihilominus ad usum et utilitatem agentis, dum is sua interesse dicet vel propter operas, vel propter ministerium exhibiti eum hominem exhiberi, ut eo exhibito possit pro utriusque libertate et comodo ejus opera vel ministerio uti. At hoc incidit in eamdem difficultatem, dicet aliquis. Nam hoc quotusquisque potest dicere? et ut dicat, quanti tandem id æstimabimus, cum id quod interest sit id quod jam ante quæsitum amisimus, aut quod non quæsitum certo lucrari potuimus? *L. si commissa*, *D. rem rat. hab. L. unica*, *C. de sentent. quæ pro eo quod int.* Et ne hic quidem haberet res exitum, si istius quod actor sua interesse dicit, probationem ab actore exigeremus. Sed laborandum non est. In actionibus ad exhibendum et ad restituendum, si reus exhibere aut restituere jussus dolo vel contumacia judici non paret, æstimatur lis adversus eum, quanti actor in litem juraverit: id est quanti is quidem sua interesse dicat: non tamen ut probare id debeat, sed juranti quanti sua interesse putet, fides habeatur, vel longe ultra veram æstimationem. *L.* 1. *L.* 2. *L. in actionibus*, *D. de in lit. jur.*

XV. De liberis nostris, quos in potestate habemus, qui ab alio retinentur, duo sunt interdicta: Unum de his exhibendis, quod exstat in *L.* 1. in pr. *D. de lib. exh.* hac in re dissimile à superiori, quod hic non spectatur, qua ex caussa sit apud detentorem is qui exhiberi debet, dolone et nulla de caussâ, an vero aliqua, ut in superiore, sed omnimodo exhiberi et restitui jubetur, si in potestate est, *d. L.* 1. §. 1. Alterum de liberis exhibitis, pro potestate nostra domum ducendis, adversus eum, qui quominus ducere liceat, vim facit. Exstat et explicatur in *L.* 3. *eod. tit.* In quibus si quæritur, liberos nostros non exhibente per contumaciam reo, aut non patiente a nobis duci, in quantam summam lis adversus eum æstimari debeat: respondebimus idem quod supra, æstimari quidem et condemnationem fieri in id quod parens sua interesse dicet; non tamen quod probare debeat, sed cujus quantitas jurejurando ejus in litem committatur, quia et hic actio sit partim ad exhibendos, partim ad restituendos qui retinentur. Nam et restituendi verbo in hac re utitur Ulpianus in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* In his autem actionibus in litem jurari diximus, *d. L.* 2. *L. in actionibus*, *de in lit. jur.*

CAP.

C A P. XXXVIII.

Omnia interdicta duobus exceptis ex maleficio esse. Ideo ad subtractionem alieni, de qua agitur, pertinere. Eorum brevis comprehensio et summa.

Interdicta omnia præter illud de precario, et de migrando, *esse ex maleficio, et ad alieni subtractionem revocari.* I. II. V.
Ideo ex maleficio esse interdicta de rebus commercio exemptis, III.
Item interdicta de rebus privatis, generibus eorum singulis, et summa rerum posita ostenditur, IV.

I. Ac præter ea interdicta, quæ hucusque commemoravimus cum de possessione, tum de quasi possessione rerum privatarum corporalium atque incorporalium, tum de usu quem leges nobis concedunt in rebus commercio exemptis, nulla alia fere interdicta legimus prodita, præter interdictum de precario, et de migrando. Certe in eo argumento, quod est de interdictis in Pandectis non alia legimus. Quod si ita est: prope est, ut et numerus interdictorum, et singulorum vis ac potestas sit cognita. Illud certe constat omnia esse ex maleficio; ut horum caussa non alio, quam ad hoc genus maleficii quod tractamus, debuerit referri. De quo ut jam certius et utilius possit statui, complectar paucis omnium summam, ex qua non solum hanc caussam quam dico; sed etiam species ipsas, et vim atque usum, liceat eadem opera propius ac velut uno aspectu semel intueri. Jam primum omnia interdicta sunt de possessione, vel quasi possessione, ut est in princ. *de interd Institution.* aut quod his simile est, de rerum commerciis exemptarum usu. Non tamen de his quovis modo, sed de his, cum adempta sunt, aut imminuta. Quæ si ademptio alienæ possessionis aut usus maleficium est; nisi rei gestæ origo ex contractu sit, necesse est in quibus hæc ademptio agatur, ea esse ex maleficio.

II. Ex contractu et negotio gesto originem habent interdictum de precario, et de migrando. Nam in precario, quod consensu duorum constat, negotium geritur simile commodato, ut traditur in *L,* 1. *D, de prec.* Unde etiam precarii recuperandi caussa dicitur competere præter interdictum actio; præscriptis verbis. *L.* 2. *D. de prec.* Non est autem hæc actio nisi ex contractu et negotio gesto. *L.* 2. *L.* 3. *L.* solent, *D. de præscr. verb.* Interdictum de migrando ex eadem caussa est. Propositum est enim inquilino, qui soluta pensione vult migrare, et id agit, ut ex habitatione res a se inductas, importatas, ibi natas, factasve sibi adducere liceat. [1] *L.* 1. in princip. *D. de migr.* Atqui hæc præstatio ex obligatione est locati et conducti, competitque inquilino actio [2] ex conducto eo nomine. *L. sed addes*, §. *si inquilinus*, 1. et 2. *D. loc.* Hæc ergo interdicta ex contractu sunt; quia inde descendunt; etiam si postea in his delictum versetur. *L. ex contractu*, *D. de obligat. et action.* Cætera ex maleficio: quia omnia ex superiore ademptione sola. Quod ex divisione subjecta intelligetur.

III. Omnia interdicta aut proposita sunt de rebus hominum commercio exemptis, aut de rebus privati juris. In rebus commercio exemptis de ipsis rebus non competunt interdicta; sed nec possunt: cum res ad jus privati cujusquam non pertineant, utpote jure privato exemptæ. *L.* 6. *L. si in emptione*, §. 1. *D. de contr. empt.* Sed in his interdicta sunt de usu privatorum, prout cuique in his hunc usum leges concedunt, adversus eum qui quovis facto eum usum alii adimat. Itaque sunt hæc sine dubio ex ademptione alieni usus. Ea ademptio [3] maleficium est ex definitione. Species quidem ipsæ interdictorum

1) De quo A. Fab. 58. *Err. Prag.* 3. 61. *Err. Pr.* 3. Qui simile hoc Interdictum putat interdicto Salviano, et conjicit ex ordine titulorum similibus verbis hæc concepta fuisse, quod ut Salvianum de rebus coloni illatis in prædium rusticum, ita hoc de rebus inquilini in urbanum. Atqui interdictum de migrando prospicitur principaliter inquilino, non locatori, contra in Salviano. De tempore migrationis olim solemni Cal. Juliis vid. A. Aug. 4. *Emend.* 14. confer. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 13. qui emendat *L.* 1. §. 4. *h. t.*

2) Et extra ordinem subvenitur. Unde infrequens hoc Interdictum *L.* 1. §. 2. *h. t.* id est rarum ejus exercitium, non ut Accurs. *exponit* valde frequens. Nam ubi extra ordinem quid vindicatur, et plenius est et citioris expeditorisque auxilii. Henr. a Suerin. *Rep. lect.* C. 28.

3) Atque ita actio in personam, Cujac. 5. *Obs.* 17. Don. *noster ad Rub. C. de Interd. n.* 9. Ant. Fab. 58. *Err. Prag.* 1. *in fin.* Niell. *Disp. feud.* 9. *Th.* 3. Nec possessio earum caussa, sed obli-

rum ex generibus istarum rerum distinctæ: sic tamen, ut omnia in summa referantur ad eum usum obtinendum quem dixi, adversus vim alienam. Genera rerum hæc sunt: res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ, liber homo. Et de singulis interdicta sunt, quæ supra notavimus. Omnia adversus eam vim atque ademptionem, quam dixi, proinde ex maleficio omnia.

IV. Interdicta de rebus privatis omnibus præter illa superiora duo in eadem caussa esse reperientur. Sunt enim omnia de possessione, aut quasi possessione rerum privatarum, adversus eos, qui eam possessionem quæ nostra est, aut pro nostra habetur, nobis in totum adimunt; aut minuunt. Quod genera interdictorum de hoc genere rerum prodita declarabunt. Cum de possessione rerum privatarum obtinenda quæritur, hæc diviso interdictorum traditur, ut sint quædam adipiscendæ possessionis, quam nunquam habuimus; aut recuperandæ quam prius quæsitam amisimus: aut retinendæ, quam quæsitam etiam nunc tenemus, cujus tamen patimur controversiam. Exstat divisio in *L.* 2. §. *ultim. D. de interd.* §. *sequens*, *Institut. eod.* Adipiscendæ possessionis interdicta sunt de iis rebus privatis, quarum possessionem detentionemve quanvis nondum antea nobis quæsitam, sic jus nostram esse vult, quasi jam nobis quæsita esset. Argumento esse diximus, quod non sunt nobis interdicta proposita de omni re nostra, cujus tamen constet possessionem nostram jure esse debuisse, sed certis tantum quæ hanc æquitatem præstationis præter cæteras exigere videbantur. Sunt autem in hoc genere illa interdicta sex, quæ ante dixi, quæ et ipsa istas res, et simul in his rationem exigendæ possessionis indicant: Quorum bonorum, Quod legatorum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, De tabulis exhibendis, De glande legenda, Salvianum interdictum. Ergo et in his sua quædam possessionis ademptio est, dum scilicet possessio nondum quæsita, quam nostram esse placet, hoc ipso nobis videtur adimi, quod non præstatur. Unde licet observare in plerisque ex his jubere rem restitui actori, quasi scilicet prius ab eo esset profecta, ut interdictis Quorum bonorum, et Quod legatorum *L.* 1. *D. quor. bon.* *L.* 1. in princip. *D. quod leg.* Interdictum recuperandæ possessionis unum est. Unde vi, proditum in rebus soli adversus eos qui vi alium de prædio dejecerunt, quod de ablata in totum possessione esse manifestum est. Interdicta retinendæ possessionis hæc esse diximus: in rebus quidem corporalibus duo, Uti possidetis in rebus soli, et Utrubi in rebus mobilibus. In rebus autem incorporalibus de his servitutibus; de itinere actuque privato, et via privata; de aquæductu; de aquæ haustu; de cloacis. Et hæc quidem interdicta potissimum adversus eos, qui possessione nostra nos uti prohibent manu. Quæ si impeditur opere aliquo; si quidem facto opere, hic locum habet interdictum. Quod vi aut clam; etsi huic etiam locus est de iis operibus, quæ fiunt in loco sacro, aut religioso, aut publico. *L. vi facit*, §. *ult. quod vi aut clam.* sin opere naturali, ut accidit in arboribus quæ ex vicino prædio impendent in ædes nostras, vel in agrum nostrum, vel quæ succrescentibus radicibus fundamentis domus nostræ periculum adferunt: hic specialia sunt interdicta de arboribus cædendis. Atque in his de adempta ex parte possessione agi perspicuum est, cum sint comparata adversus eos, qui nos quovis facto possessione nostra libere uti prohibent, quo adversus eos possessionem integram et liberam retineamus. Sunt ergo ut proposui, omnia ex possessionis ademptione, quæ fiat in totum aut ex parte. Hæc autem, ut dixi, ademptio maleficium est.

V. Ex quo efficitur id quod volumus, esse omnia interdicta superiora ex maleficio Proinde et ad hoc genus pertinere, in quo versatur alieni subtractio, ut si hujus generis partes quam brevissime complecti velimus recte dicturi simus alieni subtractionem his generibus constare, furto, rapina, alienæ possessionis, ususve ademptione. In quo genere tertio consistunt interdicta.

CAP.

gatio. Nam interdicta retinendæ possessionis plerumque contra non possidentem et Interdictum Unde vi possessorem non sequitur *L.* 7. *de vi arm.* Quin interdictis adipiscendæ possessio certe caussam dare non potest, utpote quam antea, qui id intentat non habuit. Licet in rem concepta sint *L.* 1. §. *pen. de Interd.* id est in rem scripta, sine designatione personæ ad quam dirigantur, sicuti et actio Quod metus caussa *L.* 9. §. *ult. Quod met. ca.* Don. *ad Rub. C. de Interd. n.* 9. Diss. Wes. *in Par. de Interd. n.* 7. Vult. 1. *Disp.* 14. *et ad Tit. I. de Interd. n.* 45. cujus argum. diluit Niell. *d. lo.* Aliter diss. Bodin. *Distrib. jur. univ. pag.* 44. volens esse actiones mistas, quæ rem afficiant et personam. Sane actiones sunt interdicta, licet formula a reliquis distent, Don. *ad d. Rub. n.* 4. Cujac. 5. *Obs.* 17. Anton. Usil. *in* §. 1. *I. de act. n.* 54. diss. videtur Rev. ad *L.* 15. *de R. I.*

CAP. XXXIX.

De malitiosa aliorum in fraudem inductione. Ac primum De his quæ metu gesta, extortave sunt.

I. AC de alieni subtractione satis dictum est. Sic enim vocamus id genus detrahendi alteri lucri nostri caussa, cum adimimus ipsi alii, quod ad nos transferamus. Cujus generis species sunt eæ, quas modo ostendi. Erat alterum genus aliena ad nos transferendi propositum a nobis cum ipsi non adimimus alii invito: sed accipimus a volente, sed

sed prius malis artibus a nobis inducto, ut vellet, atque ita volens in nos contulerit. Hic etsi in speciem accipimus a volente, et consentiente; re vera tamen auferimus invito, quod ad nos tranferamus: utpote cujus transferendi caussam improbe dederimus. Nam et in damno is videtur damnum dedisse, qui caussam damni præbuit. *L. qui occidit*, §. *in hac*, *D. ad leg. Aquil. L.* 4. §. *pen.* in fin. *D. de vi bon. rapt.* Ideo et hæc maleficia sunt, eo improbiora, quod qui in his nocent, id agunt, ut viri non mali videantur, dum ademptionem et rapinam suam per speciem alieni consensus tegere nituntur. Quo genere injustitiæ nullum capitalius esse Cicero dixit *Lib.* 1. *Offic.* Quapropter nec minus hæc vindicantur jure civili. Summo quidem jure, qui rem suam in alium contulit, amisit: qui promisit, obligatur; quanvis improbe inductus, ut vellet. *L. item*, §. *sed quod*, *L. si mulier*, §. *ult. quod met. cau. L. dolo*, *C. de inut. stip.* Quippe inquit Paulus, quanvis si liberum illi esset, noluisset: tamen coactus [1] voluit. *d. L. si mulier*, §. *ultim. D. quod met. cau.* Sed subventum est jure prætorio, et adversus malitiosas istas inductiones remedia constituta, quibus fit, ut restituatur, quod nostrum est, ne cui fraudem passo noceant.

II. Hoc genere aliena ad nos transferimus tribus modis; metu illato, concussione, dolo.

III. De his quæ metus caussa gesta, quæve metu extorta sunt, auxilium propositum est edicto prætoris, quod est de eo quod metus caussa, de quo agitur his Titulis, *D. quod metus caussa*, *C. de his quæ vi met. caus. gesta sunt.* Id edictum fuisse videtur in hæc verba: *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo. Hoc amplius si quod eo nomine aberit, ei qui metum passus est, heredive ejus arbitrio judicis non restituetur, de eo quanti ea res erit, intra annum quo experiundi potestas est, in quadruplum: post annum in simplum caussa cognita judicium dabo. In heredem de eo quod ad eum pervenit, judicium dabo.* Prior pars expressa est in *L.* 1. *D. quod met. caus.* Posterior de actione quod metus caussa nusquam: sed fragmenta colliguntur ex his locis, *L. metum*, 9. §. *ultim. L. item*, §. 1. *D. eod. L.* 4. *C. eod.* de heredibus est in *L. quod diximus*, §. *ultim.* et *LL.* seqq. *D. eod.* Ergo edictum duabus his rebus continetur; auxilio prætoris adversus metum, et auxilii caussa. De auxilio postea suo ordine: prius de caussa auxilii cognoscendum est. Habet auxilium hujus edicti hanc caussam, quæ edicto expressa est in *d. L.* 1. *quod met. cau. Si quid metus caussa gestum erit.* Quæ verba a veteribus sic accepta sunt, si quis justo metu illicite illato coactus ex eo metu quid gesserit, qua ex re quid illi abesset. Quorum singula partibus quibusque expositis patebunt.

IV. Ergo in hac caussa duo spectanda, quibus in summa illa continetur; gestum et gerendi modus. Gestum hoc edicto coercetur. Gestum alias proprie significat rem sine verbis factam, ut traditur in *L. Labeo libro*, *D. de verb. signific.* Hoc edicto generaliter quidquid geritur cum alio ex consensu. Cujus tres sunt species, alienatio, liberatio, promissio. Id est si quis quid tradendo de suo in alium transfert, si debitorem suum liberat, si quo modo se alteri obligat. Notatæ hæ species in *L. metum*, 9. §. *sed quod prætor*, *D. quod met. caus.* Ubi et ad hujus edicti restitutionem pertinere omnes dicuntur, si quis quid earum rerum metu coactus fecerit. Ex quo intelligimus gesti verbo in hoc edicto hæc omnia contineri.

V. Sed additur conditio, dum ex ea re quid absit ei, qui metum passus est. Si cui in eo quod metus caussa gessit, nihil abest, cessat edictum: ideo etiam dicitur natura actionis quod metus caussa [2] damnum exigere. *L. item si*, 14. in princ. *L. sed et partus*, 12. in fin. *D. quod metus caussa.* Non dubium, quin sumptum sit ex posterioribus verbis edicti, quibus de eo quod abest, datur actio, ut restituatur; nisi restituitur, datur quanti ea res est in quadruplum. Quid ergo, potest quis alienare quid de suo, aut debitorem liberare, ut ei nihil absit? Quod si id non potest, an non satis erat dixisse, quod metus caussa gestum erit, uti et verba

1) Nam coactus et velle et nolle retinet ac ejus quod geritur principium in illius potestate constitutum, ait Loriot. ad *L.* 3. *et* 2. *seqq. de R. I.* Sturc. ad *L.* 116. *pr. de R. I. n.* 8. Vere tamen quæ coacti volumus nec ἑκούσια nec ἀκούσια esse, sed mista, ut Aristot. 3. *Eth.* 6. *et* 7. vult Duar. *h. t. C.* 1. Belle Pac. 2. *Q.* 67. Vis, inquit, est contraria voluntati *L.* 1. *h. t.* et non est *d.* §. *pen.* Duæ considerandæ voluntates: (1) Prior vi, huic vis contraria est. (2) Posterior, huic vis non contraria est, quin imo eam efficit; add. Phil. Matte. ad *L.* 116. *pr. de R. I. n.* 13. Quare ex caussa metus, seu vis compulsivæ, ut vocant, non datur interdictum unde Vi, Menoch. *Recup. poss. Remed.* 1. *n* 101. *et seqq. et infra N.* 15. Num igitur ex contractu metu inito obligatio naturalis oritur? Ita vult Felician. de Solis *Lib.* 1. *de Censib. C.* 1. *n.* 12. *et seqq.* Sed male, quia æquitas deficit.

2) Natura hujus actionis est ut ob damnum detur, Duar. *hoc tit. Cap.* 3. Hinc vi coactum debitorem ut pignus det creditori, hac actione non experiri contendit Hotom. ad *L.* 4. *Cod. de pig.* eam legem sic contra DD. exponens. Sed recte puto DD. eam exponunt de debitore pignus dare coacto, necessitate debiti accipiendi, creditore aliter mutuare non volente, ut Goth. *ibid.* et prætendente postea eo se metu coactum. Nam si post creditum datum, vi compulerit creditor: utique vis hæc improba, cum judicio experiri debuerit. Nec nullum iudo debitori damnum, cui pignoris usus abest.

ba edicti initio concepta sunt? Et sane nihil istorum fieri potest, quin prima ratione videatur abesse gerenti, quod alienavit. Sed interdum re vera non abest. Quod accidit in vero debitore metu coacto a creditore, ut ei solveret: et vice versa in creditore, quem debitor coegit sibi acceptum facere, cum debitor exceptione perpetua tutus esset. Verus debitor si quid solvit de suo alienat. Sed revera ei quod debuit, solventi nihil abesse intelligitur, sed accessisse potius: cum id jam ab initio obligationis contractæ in bonis creditoris esse debuerit, ex solutione autem debitor liberationem sit consecutus. Sic et creditori debitorem suum liberanti abest ea actio quæ prius fuerat. Sed si debitor exceptione perpetua tutus fuit, hæc ipsa actio effectu nihil est, eoque nec illam remittenti vere quidquam abesse intelligitur. Nihil enim interest, utrum actionem quis non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest, D. de reg. jur.* Ideo neque illic creditorem, neque hic debitorem ob illatum metum hoc edicto teneri placet. *d. L. sed et partus*, §. *ultim. d. L. item*, in princ. *D. eod.* Quod cum in creditore superiore dicimus, non sic accipiendum est, quasi debitori suo vim attulisse ad solvendum sit creditori impune. Non tenetur is hoc edicto, sed incidit in legem Juliam de vi, et jus crediti amittit *d. L. sed et partus*, in fin. *L. exstat*, seq. *eod.*

VI. Non omne gestum tenetur hoc edicto, sed id in quo is gerendi modus est, cujus potissimum coercendi caussa hoc interdictum est comparatum. Is autem est, si quid gestum sit metus caussa, et ut veteres hoc acceperunt, si quis quid justo metu illicite illato coactus quid gesserit. In quo hæc insunt quinque ad auxilium hujus edicti necessaria: primum ut metus interveniat. Secundum ut justus metus. Tertium ut hic metus inferatur ab alio. Quartum ut illicite et injuria. Postremum ut quod geritur, geratur hujus ipsius metus caussa. Totidem hic exigunt veteres. Quorum de singulis breviter cognoscamus.

VII. Metum sic definit Ulpianus in *L. 1. D. quod met. cau.* Ut sit instantis vel futuri periculi caussa mentis trepidatio. Ad eumdem modum [3] Cicero *Lib. 4. quæstion. Tuscul.* Instantis periculi: ut si quis gesturo præsentem mortem intentet, aut cruciatum corporis, nisi quid faciat. Futuri, ut si quis minetur periculum servitutis liberto interversis manumissionis ejus instrumentis, quæ apud se habeat, nisi quid ille det: aut si magistratus criminis reo minetur deportationem. Proinde et quæ geruntur ob metum futuri hujus periculi, hoc edicto continentur, quia metus caussa gesta. Metum quidem præsentem hic exigi scriptum est in *L. metum*, 9. *D. eod.* qui dicitur imminens in *L. si voluntate, C. de resc. vend.* Sed longe aliud est metus, aliud periculum quod metuitur. Metum semper præsentem esse oportet, cum quid geritur, ut dici possit id metu gestum: id est semper oportet præsentem esse caussam: cur quis periculum aliquod metuat, nisi quid gerat in præsentia. Sed non est necesse periculum [4] esse præsens, quod metuitur. Sufficit id tale esse, ut ingruere possit, nisi nunc cedimus vim adferenti: quandoque tamen, id est vel jam nunc, vel postea.

VIII. Non quivis metus putatur ad hoc edictum pertinere, aut vindicari ullis legibus, sed solum [5] justus metus. *L. nec timorem*, 7. in fin. *D. quod met. cau.* Atqui in hoc edicto metus solum fit mentio. Sed vanus et non justus metus ne pro metu quidem habendus est. In quam sententiam est illud Celsi, vani timoris nullam esse æstimationem. *L. si quis ab alio*, in princip. *D. de re jud.* Et merito. Non est enim metus, nisi periculum metuitur, ex definitione. Non est autem periculum, quod revera periculum non est, etsi quis forte periculum esse opinetur. Proinde nec metus, qui ejus opinati periculi metus est. Justus metus definitur *L. 6. L. eod.* non vani hominis metus: sed qui merito in hominem [6] constantissimum cadat. Hoc recte, cum quæritur quis dicatur justus metus.

3) Qui definit opinionem impendentis mali, quod intolerabile videatur Arist. 3. *Eth.* 6. mali exspectationem. Sed plenius idem describit 2. *Rhet.* 5. Jul. Scal. *Exerc.* 312. παρὰ τὸ μετίεναι deducit quod ex eo amittatur constantia et omne consilium abjiciatur (et ex eo Setser *Lib. 1. de Juram. Cap.* 19. *n.* 7. *et Cap.* 24. *n.* 8.) describens demissionem animi propter expectationem futuri mali, ubi tractat quid a timore, tremore, pavore, costernatione et aliis affinibus, differat: de quo sic Fernel. *Lib.* 6. *Physiol. C.* 12. Futuri mali apprehensio si vehementer animum conturbat, metus; si mali imminentis, timor; si permanentis, formido; si laboris, pigritia: si valde concruciat, terror; si mentem loco moveat, pavor; si ulterius processit, exanimatio. Aliter definit Jo. Spinæ *Lib. 7. de Tranquill. animi initio.* De magna vi metus et timoris vid. Henr. Steph. *Lib.* 6. *Schediasm.* 3. Elias Reusner *Lib. 2. Art. Stratagem. Cap.* 36. *princ.* P. Fab. ad *L.* 116. *de R. I.*

4) Ita et Duar. *ad hoc. tit. D. Cap.* 1. Ant. Fab. *in Rational. ad d. leg.* 9. *pr.*

5) Vis atrox *leg.* 3. §. 1. *h.* non vis festucaria, ut vocat Agell. 20. *Noct.* 9. Duar. *hoc tit Cap.* 1.

6) *Cap. cum dilectus* 6. *extra hoc tit.* Covar. *P. 2. de Matrimon. Cap.* 3. §. 4. *n.* 4. *et seqq.* in costantem virum cadere qui illatus cogit eligere minus malum ob majus imminens vitandum. Nec igitur infert, metus ullus ad peccatum committendum justus, quia eo nullum majus malum. Tametsi tunc facilior sit veniæ impetratio. Auctor *bruti fulminis pag.* 155. Fr. Sarmient. tamen 3. *Select. Interpr.* 11. *n.* 2. *et seqq.* hoc (quod metus exigitur qui constantissimum percellat) difficultate non vocare sentit. Absurdum est, arguit, summam fortitudinem requiri ab injuriam passo, et inferentem impunem esse, ac lucrum ferre impudentiæ, si vero modesto minus pecuniam extorserit, vel improba etiam contentione aut interpellatione. Nam etsi eo

tus. At si de re quæritur, quis sit iste metus non vani hominis, eadem dubitatio relinquitur. Non minus enim incertum est, quis sit metus qui cadat etiam in constantem virum. Id autem ex genere mali et periculi formidati æstimandum est. Ideo metus ad hoc edictum pertinens, quem eumdem nunc justum dicimus, definitur ad rem propius *L.* 5. *D. eod.* ut sit timor [7] majoris mali. Sed et hoc adhuc incertius, quia generalius. Addamus igitur hujus generis mali species jure civili cognitas: tum rem certam et constitutam hic habebimus.

IX. Et duæ res sunt, de quibus convenit, quarum metum constat esse justissimum, et præcipue pertinere ad edictum; mors seu periculum salutis, et cruciatus corporis. De quibus et nonnullorum rescriptorum definitione comprehensum est. *L.* 4. *L. si donationis, C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt*, *L. interpositas*, *C. de trans. L. si voluntate*, *C. de res. ven.* Mors quid sit, notum est. Cruciatum autem accipiemus non tantum tormenta; sed et verbera, [8] vincula etiam, et carcerem. Certe horum quoque posteriorum, si intententur, justum esse metum et ad auxilium hujus edicti pertinere his locis traditur. *L.* 3 in fin. *L. nec timorem*, 7. *L. pen. L. ultim. D. quod met. cau.* Sed in his consistendum non est. Et puto, inquit Paulus, etiam servitutis timorem, et similium esse admittendum. *L.* 4. *D. eod.* Hoc significat, recte dici mortis et cruciatus corporis metum tanquam justum in hoc edicto solum accipiendum esse: dum tamen rerum his similium timorem admittamus. Quæ ergo res morti similes? nam de corporis cruciatu diximus. Et visum est tria hæc morti esse similia, ut horum metus non aliter quam mortis admittat auxilium hujus edicti: servitus, deportatio, stuprum. Servitutis timorem jam dixi ad justum metum in hoc edicto admittendum esse. *d. L.* 4. *eod.* Nemo dubitabit ideo fieri, quod servitutem morti comparamus, ut est regula juris. *L. servitutem*, *D. de reg. jur.* Et recte comparamus, cum servitutis conditio hæc sit, ut servi jure civili pro nullis habeantur. *L. quod attinet*, *D. de reg. jur.* Sic autem servitutis periculum intentari potest, ut id juste metuatur, si quis servo manumisso instrumenta status ejus apud se habens ea se interversurum dicat, nisi ab eo quid accipiat: si modo manumissus petatur jam in servitutem, et illis instrumentis perditis liber pronuntiari non possit. Hoc in *L. isti*, 8. vers. *si is accipiat*, *D. quod met. cau.* Servituti similis [9] deportatio, ut quæ hominem pariter civium numero eximat. §. *cum autem*, *Inst. quib. mod. jus pat. pot. tol.* Unde et servitutem mortis instar, ita eodem sensu deportatos mortuorum loco habendos legimus. *L.* 1. §. *pen. D. de bon. pos. contr. tabb.* Finge ergo magistratum criminis reo minari deportationem, quam irrogare pro imperio potuit. Justo metu se coactum dicet, qui per hunc metum compulsus est, ut quid præstaret, aut faceret. In eadem caussa est stuprum. Si inquit Paulus, in *L.* 8. in fin. *D. quod metus caussa* dederit quis, ne stuprum pateretur sive vir, sive mulier, hoc interdictum locum non habet, cum viris bonis iste metus major, quam mortis, esse debeat. In quibus omnibus adjiciendum est, quod est in *d. L. isti*, 8. in fin. non solum harum rerum metum justum esse, si quis ea in se veritus sit, sed etiam si in liberis suis: cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur. Qua ratione idem probandum recte diximus, si eadem ista in parentibus [10] metuant liberi, in viro uxor, in uxore maritus.

X. Quæsitum est de timore infamiæ, si quis

metu territus sit in culpa, cum commoveri non debuerit, alter tamen in dolo, cum data opera rem illicitam faciat. *Facit L.* 1. §. 2. *de eo per quem fact. erit.* Ideo Sarmient. nove sic statuit: Contra tertium possessorem non dari hanc actionem nisi metus atrox, quia illi regula: Culpæ præponderare dolum, objici nequeat; Dari autem contra inferentem metum. Nisi actus talis celebratus a quo partes libere recedere nequeunt, ut matrimonium et votum monasticum sive professio religionis *d. C.* 6. *extra hoc tit.* quia neutrum actum dolus irritum efficit. Ita Sarmientus. Sed hæc distinctio legibus non convenit, immo aperte reprobatur cum generalis sit regula: Vani timoris excusationem nullam esse. Et *d. L.* 7. *pr. d. L.* 8. *Cod. h. t.* omnino Sarmientum refellunt. Nec vero propter culpam aliquam negatur hæc actio ei, qui inani metu compulsus alienavit, sed ob defectum caussæ, quæ rescissionem suadeat, et damni dati. Neque enim deceptus dici potest, qui libere consentit. Libera autem consentiendi facultas non adempta ei, qui metum denuncianti resistere, aut inanes jactationes, ejus quem scivit sibi nocere non posse, vanam sive viribus iram negligere potuit. Recte autem, qui judici ex personarum qualitate, aliisque circumstantiis quis metus justus fuerit, definientum relinquunt Covar. *d.* §. 4. *n.* 15. Menoch. *Arb. Cap.* 135. Jo. Vinc. Honded. *Vol.* 1. *Cons.* 29. *n.* 28. Sane in fœmina non requiretur tantus, quantus in viro, Boer. *Decis.* 100. *n.* 2. Jac. Gurre in *L.* 2. *Cod. de resc. vend. pag.* 37. Pard. Pratei. ad *L. Jul. de fundo dotali.* Tiraq. *L. Connub.* 9. *n.* 159. *et seqq.* P. Cypræ. *de Sponsal. C.* 13. §. 15. *n.* 4.

7) Malitatis legitur in Pandect. Florentin. nec male cum et Basilicæ vertant μεγαλης κακοθελέιας vid. Carol. Labbæ. in *Obs. Synops. Basil. Lib.* 10. *Tit. de metu Cap.* 5. et sceleritatem legamus *L.* 3. *pr. de bo. eor. qui sibi mort.* et alia id genus, de quibus Val. Guil. Forst. 1. *Obs. Succis.* 9. Et quod mage mirere, imbonitatem, Tertull. ref. Fr. Mod. *novantiq. rect. Epist.* 21. Sic deliritas Nonio. pro delirio Muret. *ad L.* 2. §. *post hunc* 47. *de O. I.*

8) Vincula enim et carcer quasi species servitutis *L.* 2. *de hom. lib. exhib.* Licite tamen cum eo contrahitur, qui est in carcere forte ob suum delictum, modo non in carcerem ideo ducatur, ut quid ab eo extorqueatur, Duar. *h. t. C.* 1. fuse de contractibus incarceratorum Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 57.

9) Item excommunicatio post *Gl. in C. cum olim* 3. *de restitut. spol.* Loriot. ad *L.* 3. *et* 2. *seqq. de R. I. f.* 530. Sebast. Medic. *de Cas. fort. P.* 1. *Q.* 7. *n.* 7. Licet enim ad pœnam illa inventa non sit, tamen nec carcer jure civili ad pœnam inventus. Justus item metus amissionis patrimonii, *Cap.* 2. *extra de his quæ vi met. caus.* Duar. *h. t. C.* 1. Covar. *de Matrim. P.* 2. *C.* 3. §. 4. *n.* 30. *et seqq.* Zoan. *Rer. quotid. C.* 44. *n.* 1.

10) Vid. Tiraq. ad *L.* 8. *Cod. de revoc. don. n.* 7. *et* 8. P. Fab. 3. *Semestr.* 8. *P.* 97. *et seqq.* Menoch. 6. *Præsumpt.* 56.

quis forte hanc metuat, sitne hic justus metus. Et est sine dubio justissimus, et qui bonis viris major esse debeat; quam cujusvis cruciatus. Certe justior, quam vinculorum aut carceris: cum bona fama nihil esse debeat bonis viris pretiosius. Et tamen negant veteres timorem infamiæ hoc edicto contineri: ut si quis per hunc metum cum alio quid gesserit, cesset auxilium edicti. *L. nec timorem*, 7. *D. eod.* An non ergo inter se hæc pugnare merito quis dixerit? Immo recte utrumque dicitur, et infamiæ metum per se esse justissimum, et tamen eundem ex hoc edicto non tribuere restitutionem. Non enim ideo non tribuit, quia non sit justus: sed quia quicunque est is metus, non infertur ab alio. Ita ejus repudiandi caussa ad sequens caput pertinet, in quo de illato metu agitur, ubi dicetur. Atque hæc pericula sunt, quorum metus videatur cadere in constantem virum, eoque et justus esse. Quæ cum sola statuimus, nempe eadem opera atque uno verbo cætera omnia escludimus, negamusque eorum metum, si quis allegetur, ad restitutionem hujus edicti pertinere. Quarum de quibusdam et plerisque rescriptis cautum est. Quales sunt jactationes et contestationes hominis ad nocendum parati, sed indefinitæ, de quibus in *L. metum*, *C. de his quæ vi met. cau. gesta sunt.* Quales minæ vexationis alicujus, de quibus in *L. nec timorem*, 7. *D. quod met. cau.* quales instrumenti de re pecuniaria scripti retinendi; qualis nominatio ad civilia munera. De quibus in *L. cum te*, *C. de his quæ vi met. caus.*

XI. Non est satis justum esse metum ex periculis superioribus, ut sit huic edicto locus. Edictum sic acceptum est, ut et hunc metum ab alio illatum esse oporteat. *L. metum*, 9. in princip. *L. item*, 14. §. *in hac D. eod.* Et recte. Edictum enim delictum coercet. Nullum autem in metu delictum alienum est, ubi nemo hunc metum intulit. Præterea si quis est metus qui ab alio non inferatur, necesse est eum qui metuit ipsum sibi eum metum inferre. Ad eum qui sibi metum infert, hoc edictum non pertinet, ut est in *L. si mulier*, in princip. *D. eod.* optima sane ratione, quæ regula juris efficitur, quod factum cuique suum nocere debeat, non adversario. *L. factum cuique D. de reg. jur.* Ut alius metum inferre intelligatur, duabus in rebus positum est: ut velit inferre, ac minetur; et ut quod minatur, possit præstare. Aut si brevius dicendum est, constat hæc illatio et voluntate aperta inferendi periculi, et ejus inferendi facultate: ut neque voluntas inferendi sine facultate, neque facultas sine inferendi voluntate cuiquam noceat, cum quo aliquid metu gestum esse dicetur.

XII. In primis voluntatem inferendi exigimus, et eam quæ denuntiatione periculi [11] demonstretur: puta hoc modo: nisi facis, ecce tibi mors parata est, aut carcer, aut verbera: aut si dux armatus ita dicat, facito, aut hæc arma te cogent: vel magistratus, facito, aut scis quid ego in te possim. Nisi hæc voluntas et minæ præcesserint, nihil cuiquam ejus potentia aut nocendi facultas illi obfuerit, quominus ratum sit, quod cum eo gestum est, quantumlibet is qui gessit non sine caussa ejus potentiam aut inimicitias aut iram privatim metuerit. Exemplo est, si quis inferior cum superiore et potente quid gesserit, ut si rusticus cum domino feudi, subditus cum principe, civis cum præside et potente magistratu. Esto, si petierint quid secum geri. Si ita in eo se gerunt, ut homines reliqui solent, qui contrahere quid cum aliis instituunt, sine minis, aut nulla significatione periculi, si recusetur: placet ratum esse, quod cum his gestum est, quantumvis qui contraxit inferior eorum potentiam [12] metuerit. Et generaliter nulli dignitatem aut potentiam solam nocere debere ad invidiam, quo si quid cum eo gestum sit, rescindatur tanquam metu gestum hoc ipso, quod gestum cum potente et nocendi facultate prædito. Hoc in *L. ad invidiam*, *C. de his quæ vi metusve caussa gest. sunt.* Non sane quia eorum, quos dixi, potentia et ira non juste metuatur; sed quia non infertur ab illis metus, dum ab illis minæ et periculi denuntiatio absunt. Quæ si intervenerint, nemo dubitabit, quin quod ab aliquo his mi-

11) Requiruntur tamen DD. ut minas denuncians solitus fuerit exsequi. Covar. *de Matrim. P.* 2. *Cap.* 3. §. 6. *n.* 4. Cypræ. *de Sponsal. Cap.* 13. §. 16. et ut sævitiam tyranni metuens, non potuerit se recipere in locum tutum, Zoan. *Rer. quotid. Cap.* 44. *n.* 10. *etc.* Metus quibus modis probetur vid. Sebast. Medic. *de fort. Casib. P.* 1. *Quæst.* 7. *n.* 7. Cypræ. *d. Cap.* 13. §. 21. Unde præsumatur Menoch. 3. *Præsumpt.* 126.

12) Quid in metu reverentiali? Non facere locum edicto, Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 27. Covar. *d.* §. 6. *n.* 4. addens nisi conjunctæ minæ sint, ad effectum perduci solitæ, vel nisi enormis læsio. Duar. *h. t. C.* 1. Zoan. *Rer. quotid. Cap.* 47. *n.* 1. Sed Sermicut. 2. *Select. Interpr.* 11. *n.* 10. distinguit an contra tertium agatur, an vero contra inferentem; ubi tamen specialem metum exigit, nec sufficere pudorem sive metum in genere, scribit. Mench. *Cap.* 136. *n.* 8. solam superioris præsentiam metum probare, modo ex judicis arbitrio probabiliter metus dici possit. Quo quid sibi velit non satis percipio. Fach. 2. *Contr.* 69. metu reverentiæ gesta ex communi sententia rata non esse, et Jo. Vinc. Honded. *Vol.* 1. *Cons.* 29. *n.* 17. De effectu metus reverentialis vid. Tiraq. *post. LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 36. *et* 3. *seqq.* Unde præsumatur Geor. Natan. *de Pact. circa success. P.* 1. *n.* 46. *et seqq.*

minis extorserint, debeat potissimum ut justissimo ab illis illato metu infirmari: non quia potentes sint, sed quia potentia abusi sint ad terrendum et extorquendum quod acceperunt. Eaque sunt per impressionem et potentiam extorta, quæ jubentur infirmari in *L. pen.* et *L. ult. C. eod.* Exemplo est etiam si quid gesserit cum eo, cujus accusationem juste metuit et jam institutam, vel futuram. Accusationis publicæ metus justissimus propter pericula capitis, quæ damnatione inferuntur, ut mortis, deportationis, vel cruciatus corporis: aut etiam ante damnationem propter vincula aut carcerem. Scriptum tamen est in *L. accusationem, C. eod.* accusationis institutæ vel futuræ metu alienationem seu promissionem cum eo factam, cujus accusationem metuas; rescindi postulantis improbum esse desiderium. Recte, ubi scilicet nihil aliud proponebatur, quam accusationis metus, nec accusator minari accusationem futuram, aut in instituta se perseveraturum, nisi quid acciperet. Sic enim metus accusationis ab illo non infertur quo non illato restat restitutio. Quod si superiores minæ accedant, non minus ex hac caussa, quam ex superiore gestum rescindi debeat. Est enim hæc concussionis species, accipere ne quem accuses, quod et ipsum in crimen publicum cadit. *L. ult. D. de concuss.*

XIII. Nihil agit voluntas et periculi inferendi denuntiatio ad metum inferendum, nisi qui minatur, idem et possit periculum quod minatur inferre. Ut enim quis metuat, quod ille minatur: tamen quia injuste metuit, magis videatur ipse sibi hunc metum inferre, quam ab alio pati. Quam ob caussam et hic cessat edictum. Exemplo est is, qui minetur se aliquem infamem facturum, nisi ab illo auferat, quod petit. Negavimus supra metum infamiæ hoc edicto contineri, id est si quis quid hujus infamiæ metu cum alio gesserit, hujus edicti auxilio uti posse. *L. nec timorem*, 7. *quod met. cau.* An quod hic metus non est justus? Immo quia etsi per se justissimus, tamen ab eo qui minatur non intelligitur inferri; quippe qui facere non potest, quod minatur. Non est enim infamia res hujusmodi, quæ cuiquam ab alio irrogari possit. Efficitur quisque infamis jure et facto suo: minime autem [13] alienis convitiis aut aliena opera. Ut declarat edictum prætoris de iis qui notantur infamia. *L. 1. D. de his qui not. inf.* Quod si quis contra putat, et ob id metuit, hunc metum sibi fingit, errore juris, non ab alio illatum accipit. Qua eadem ex re efficitur, ut vanus hic sit metus: utpote ex ea re quæ metui non debuerit.

XIV. Sed etsi et metus intervenerit, et metus justus, et is illatus ab alio, dum periculum aliquod ex superioribus aperte intentatur; non tamen aliter valebit ad restitutionem, quam si illatus sit injuria, et contra bonos mores. Jure licito illatum placet hoc edicto non teneri. *L. 3. D. quod met. cau.* Sumptum ex sententia et mente prætoris: cui propositum fuit hoc edicto delictum coercere, ut apparet ex pœna adversus id quod metu gestum est, constituta. Nulla enim pœna est, nisi quæ est delicti pœna et coercitio. *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Nullum autem delictum in eo, qui jure licito et suo usus est: et ut alibi dicitur, juris exsecutio injuriam non habet. *L. injuriarum*, §. 1. *D. de injur.* Exemplo est vis, quam magistratus recte intulit, jure scilicet licito et jure honoris quem sustinet, ut est in *d. L. 3. quod met. caus.* Finge magistratum in exsecutione judicati jubere debitorem cum nihil aperte haberet in bonis: aut solvere, aut in carcerem ire. Quanvis hoc metu justo debitor compulsus pecuniam aliunde sumptam solverit: nihil tamen minus, quam repetere potest, quod ita solvit. Quia jure licito magistratus denuntiat carcerem iis debitoribus, qui cum solvendo non essent, aliunde pecuniam non expediunt. *L. 1. C. qui bon. ced.* Sed quid magistratum dicimus? Etiam si privatus eorum aliquid, quæ supra juste metui diximus, jure suo privato possit inferre, idque se illaturum ostendat, nisi quid accipiat: non tenetur hoc edicto, si accipiat, cum id jure fecerit. Veluti, si mulier contra patronum suum ingrata facta cum de suo statu periclitaretur aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigeretur. In qua specie Paulus ait cessare edictum in *L. si mulier*, in princip *D. quod met. caus.* Sed ea ratione, quæ hanc speciem videtur removere ab eo genere, quod tractamus: quia, inquit, hunc sibi metum ipsa infert. Sed hoc tum recte dici videtur,

cum

13) Recte vacanti a delicto per injurias et contumelias infamia vere inferri nequit, ut multis ostendit Freher. *Lib. 2. de Existimat. C. 10. n. 5. et seqq. et Lib. 3. Cap. 2. n. 1.* Metus itaque infamiæ in *d. L. 7. pr.* est metus criminationis ac convicii. Metus autem veræ infamiæ justissimus et metu mortis potior *d. L. 8. §. pen.* cum nihil viro honesto studio bonæ famæ sit antiquius. Zach. Fridenreich. *Politic. C. 23. pag. 176. et seqq* Jo. Heidfed. Shing. *Philosop. Cap. 24.* Moriendum enim potius et vita famæ impedenda, quam peccatum mortale committendum, Freher. *Lib. 2. de Fama Cap. 10. n. 37. et seq.* Pac. 2. Q. 68. confer. Mar. Salomon. *in Com. de voluntar. et involuntar. ad L. 1. et 2. de LL.* Aliter P. Fab. 3. *Semestr. 8. p. 96.*

cum ingrata ultro ad patronum venit ingratitudinem agnoscens, et petit ut patronus eo accepto quod offert, ingratitudinis pœnam remittat. Cæterum si patronus ultro ei servitutem denuntiet, nisi quid det aut promittat, nihil caussæ est, cur non et hic recte dicatur patronus metum servitutis intulisse. Quo casu hoc intelligi volo non minus recte dicturus nos cessare edictum, ubi quod fit infertur jure licito. Quamquam si caussam anteriorem hujus denuntiationis spectamus, non male dici potest etiam tum libertam ingratam eum metum sibi intulisse: cum ejus inferendi caussam patrono præbuerit. Sed utrum horum dicamus nihil refert neque in hac specie, neque in superiore, dum hoc intelligatur non coerceri hoc edicto eum metum, quem quis jure licito et suo inferat, etsi inferendi caussam prius acceperit ab eo, qui metum passus est.

XV. Postremo ut superiora omnia præcesserint, metus, et justus metus, et is illatus ab alio idque injuria: hoc postremum accedere oportet, ut ex eo metu qui præcessit, quid gestum dicatur, et, ut sunt verba edicti, ut gestum sit ejus metus caussa. Si quis quid gesserit hoc metu compulsus, deinde sine novo metu id fecerit, quod ex priore illo gesto sequebatur: non restituetur. Quod placuit in eo, qui cum metu coactus quid promisisset, postea ex ea obligatione nullo novo adhibito metu solvit. *L.* 2. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt.* Sane enim et hic promissor metus caussa promisit, et sine hac promissione non solvisset: ut hanc solutionem in eadem re metus præcesserit, ac propemodum videatur solutioni caussam dedisse. Sed tamen verum est ex illo præcedente metu pecuniam non esse solutam: cum licuerit promissori non solvere, alioqui exceptione tuto, et præterea ita constituto, ut acceptilationem ejus obligationis ultro petere potuerit. *L. metum*, 9. §. *Sed quod prætor*, *D. quod met. cau.* Ita cum hoc jure contempto solverit, nihil aliud dici potest, quam eum obligationem metu extortam postea consensu confirmasse. Quod cum fit, merito ob novum consensum denegatur restitutio, ut est exceptio. *L.* 4. *C. eod.*

XVI. Non est contrarium huic sententiæ, quod definitur in *L. ex ea*, *D. de cond. ob turp. caus.* in hæc verba: *ex ea stipulatione, quæ per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse.* Non quia exactam pecuniam eo loco accipiendam putem cum vulgo per vim iterum extortam. Neque enim exigendi verbum id significat: cum exigere dicatur omnis creditor, qui aliquid petit, et aufert; ab invito quidem, sed tamen jure: puta extra judicium metu judicii futuri, et judicio per judicem. Utrumque sine vi *L. debitor*, *D. de verb. signif.* nec si vis adhibita intelligeretur in superiore definitione, condictio daretur potius, quam quod metus caussa actio, quæ adversus ejusmodi competit. *L. metum*, 9. §. *sed quod prætor*, *D. quod met.* Sed ut hanc vim in exigenda ea pecunia non intervenisse interpretemur: tamen ideo nihil hic contrarii est, quod dicitur pecunia exacta esse ex stipulatione præcedente. Quo significatur sic esse exactam, quasi ex ea cautione deberetur. Id autem tunc accidit, cum quis se ea cautione teneri putans, ex ea solvit: puta heres metum defuncto adhibitum esse ignorans, aut ipse qui coactus est, in jure errans. Hoc errore qui solvit, condicet: quia solvit ex cautione quidem, sed tamen turpi de caussa: nec facit promittentis solutio, ut in eo errore videatur ullus esse ejus consensus, et rei gestæ comprobatio. Nec unquam mirum videatur, ei qui in jure erravit, a nobis repetitionem dari: cum traditum sit juris errorem nemini prodesse. *L. regula*, *D. de jur. et fact. ignor.* Non enim hic datur propter errorem: sed propter [14] turpitudinem petentis, quæ sublata replicatione quod metus caussa propter solutionem etiam nunc superest, ut nullo consensu solventis deleta.

XVII. Ex his apparet, quæ metu gesta sunt, eadem esse, quæ dicuntur vi extorta. Quæ et ipsa ad hujus edicti restitutionem pertinere dicuntur *L.* 4 *L. si donationis*, *C. de his quæ vi met. caus. gest. sunt*, *L. pen. D. eod.* Quæ eadem et per vim gesta. Unde in veteri edicto hæc verba erant; *quod vi metusve caussa gestum erit.* Ex quibus translatitia est inscriptio hujus Tituli in *C.* in hæc verba *de his quæ vi metusve caussa gesta sunt.* Postea, inquit Ulpianus, detracta est vis mentio: ideo quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur. Hæc ille in *L.* 1. *D. quod met. cau.* atque hinc etiam inscriptio ejus Tituli in Pandectis.

XVIII. Ex his intelligitur ad caussam et auxilium hujus edicti, neque gestum sine vi

et

14) Atqui ex hac ratione idem erit etsi sciens solverit quia quamdiu turpitudo solius accipientis vertitur, semper illi condictioni locus, vid. supra *Lib.* 14. *Cap.* 25. *N.* 1. 5. videtur simpliciter distinguere inter actionem quod metus caussa *d. L.* 2. et condictionem ob turpem caussam *d. L.* 7. Cujac. *ad L.* 9. §. 3. *hoc tit.* Fachin. 10. *Contr.* 16.

et metu; neque vim et metum sine gesto quidquam valere. Sine metu gesta, non rescindi constat. *L. ad invidiam*, *L. cum te*, *L. accusationis*, *C. eod. tit.* Sed nec vis sine gesto ad hoc edictum pertinet. Vis ad res alienas adimendas adhibetur duobus modis. Aut enim adimitur quid invitis et ignorantibus: aut a volentibus quid accipitur, sed prius vi compulsis. Quidquid est, quod vi adimitur ab invitis aut ignorantibus, quia adimitur nihil gerente et consentiente eo, cui adimitur, hoc illud est, quod ad hoc edictum non pertinet: etsi maxime vindicatur aliis legibus. In hoc genere sic vis est ad alienas res adimendas. Aut enim eripiuntur res mobiles, aut in rebus immobilibus adimitur possessio, vel in totum, quod fit dejectis veteribus possessoribus, aut non præstita ea possessione, quam nos jure nostro adipisci leges volunt: vel ex parte, dum minuitur, vel inquietatur ea possessio quam retinemus. Quæ singula quibus actionibus et interdictis vindicentur, supra exposuimus. Rebus ereptis actio est vi bonorum raptorum. Vetere possessore dejecto interdictum unde vi. Non præstita possessione interdicta adipiscendæ possessionis. Possessione inquietata, interdicta possessionis retinendæ; Uti possidetis, utrubi, interdicta de servitutibus, Quod vi aut clam, de arboribus cædendis. Hinc ex his quæ varie vis efficit, nomina vulgo indita ad ea genera distinguenda; non omnino male. Nam primam illam vim vocant ex re ablativam seu ereptivam: secundam expulsivam: tertiam turbativam seu inquietativam. Quarum unaquæque ut intellectum est, suis propriis vindicatur actionibus, hoc edicto non continetur, quia ea maleficia ab eo qui vim patitur, nihil ad ademptionem gesti habent. Quod gestum hoc edictum exigit. Quod si quid ab aliquo consentiente gestum erit, sed prius vi compulso, ea demum vis est secundi illius generis, quæ vindicatur hoc edicto: quæ item ex re vulgo vocatur compulsiva. Genera hæc notata apud Accursium ad *L. exstat*, *D. quod met. cau.* Atque ut hæc vis compulsiva coercetur hoc edicto: ita est et hujus edicti propria nec ad superiores actiones interdictave pertinet. Itaque si vi a te compulsus possessionem fundi aut ædium tibi tradidero; etsi eo facto non minus, immo magis amitto possessionem, quam si vi dejectus essem; tamen in hanc rem locum non habet interdictum

unde vi, sed transeundum erit ad hoc edictum. *L. si rerum*, 5. *D. unde vi.* Scilicet quia gestum etsi vis accesserit, ad caussam hujus edicti solum pertinet.

XIX. Ex hac caussa est auxilium hujus edicti adversus vim et metum, ut quod metu amissum est, restituatur vim passo. Id quale sit, ex genere auxilii intelligetur. Ejus vindicandi recuperandive caussa quod metu gestum et extortum est, duplex est via hoc edicto constituta: restitutio in integrum, item actio quod metus caussa. Utraque via sic proposita metum passo, ut utra ex his experiri velit, hæc illi pateat. Hoc in *L. si mulier*, § *ult. D. quod met. caus.*

XX. Restitutionem veteris juris atque actionis pollicetur prætor initio his verbis. *Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo.* Si ratum non habet prætor quod gestum est sequitur videlicet ut actio vetus et jus idem metum passo integrum maneat. Hæc enim omnia integra illi essent, si per metum non essent amissa. Et vero ex hoc edicto postulari, tribuive in integrum restitutionem diserte scriptum est in *L.* 9. §. *sed quod prætor*, *D. quod met. cau.* quod non aliunde, quam ex superioribus verbis efficitur. Ergo his verbis hoc continetur, ut quæ actio metum passo futura esset, quæve defensio, ea omni recte utatur et postquam per vim et metum quid amisit, rescisso eo a prætore, quod gestum est. Ea autem actio atque defensio ita futura est, ut fuit id quod amissum proponitur. Dixi initio in eo quod geritur, unumquemque aut alienare suum, aut debitorem liberare, aut aliquid alteri promittere, quo obligetur. Ut fuit ergo caussa metum passi in his omnibus ante amissionem ita erit et [15] restitutio: Quod ita eveniet in singulis. Si quis quid suum metu alienavit, est ei in rem actio ad rem alienatam vindicandam rescissa alienatione. *L. metum*, 9. §. *volenti*, *D. quod met. cau.* quia si rem suam non alienasset, eadem illi competitura esset actio, utpote domino. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Et hæc est in rem actio, quæ dicitur hic quoque dari secundum formam perpetui edicti domino rem suam vi distrahere coacto, in *L.* 3. *C. eod.* Si quis debitorem suum liberavit metu coactus, ei actio est in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione, ut est in *d. L.* 9. §. *volenti.* Actionem in personam accipe eam quæ acceptilatione aut alia liberatione non interveniente

15) Ex restituta actione agens, petit tantum quod ex ea olim competebat antequam amitteret, non autem quadruplum, Duar. *h. t. C.* 1.

te futura esset creditori, et nunc rescissa alienatione restituitur. Huc enim redit rescissa alienatio, ut nec intervenisse videatur. Quod non alio spectat, quam ut per hanc rescissionem integra maneat prior actio. Quod si quis quid promiserit metu, sic consequitur in eo integram caussam et jus pristinum sine facto creditoris, si exceptione adversus actionem summo jure natam defendatur. Hac enim exceptione constituitur actio irrita, id quod prætor hoc edicto pollicetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. jur.* Et hæc exceptio illi prodita est ex hoc edicto. *d. L.* 9. §. *sed quod prætor*, *quod met. cau.* Estque hæc exceptio quæ dicitur exceptio metus caussa, ut in *L.* 4. §. *pen. D. de dol. mal. et met. exc.* vel *quod metus caussa*, *ut Inst. de exc.* in pr. quibus locis et de hac exceptione agitur. Quæ sit ista actio in rem, et in personam, quam diximus, quæ hic persecutio et condemnatio esse debeat, cui detur, et adversus quos, quærendum anxie hoc loco non est. Cum enim ope prætoris reddatur ea quæ prius fuit, nempe hic eadem conditio actionis, eadem potestas judicii et condemnatio futura est. Ergo in rem actio metum passo ut domino dabitur, et dabitur adversus quoscumque rei possessores, quæ conditio est omnium actionum in rem. *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Persecutio et condemnatio ea, quæ describitur in *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* In personam autem actio dabitur ei adversus veteres debitores ejus rei omnis persequendæ caussa, quæ prius deberi constabat.

XXI. Monendi tamen sumus inter has actiones restitutas, et veteres illas, quæ ante alienationem liberationemve fuerunt, esse aliquid non solum in subtilitate juris, sed etiam quod in re intersit. Subtilitate quidem juris hoc interest, quod veteres fuerunt directæ: restitutæ sunt cæteris rebus eædem, sed utiles. Sic vocantur in *d. L. si mulier*, §. *ult. D. quod met. caus.* Et hoc est ante quam dominus metu coactus rem suam alienaret, quæ competebat ei actio in rem, competebat vero domino, nondum scilicet dominio amisso; et quæ creditori competebat actio nondum debitore liberato, ea competebat creditori vero adversus verum debitorem. Proinde utraque utrique ex ipsis verbis legis recta et directo. At re alienata dominium veteri domino amissum est, rei translatione, §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* atque una in rem actio, quæ domino competit, *d. L. in rem*, *D. de rei vind.* debitore liberato etiam obligatio et actio creditori amissa est, quæ omnis solutione et acceptilatione tollitur. *Inst. quib. mo. tol. ob.* in pr. et §. *item per.* Sic autem jus est, ut amissa semel actio in perpetuum non restituatur. *L. qui res*, §. *aream*, *D. de sol. L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 2. Ita actio restituta non potest essa directa illa, quæ prius fuerat. Sed est utilis, id est sic eadem, ut tamen non detur verbis legis, sed sententia, prætore mentem legis ita interpretante, quasi auctor si consuleretur, ei qui metum passus esset, veterem actionem non denegaret: quia sit contra bonos mores vim et metum comprobare. *L. nihil consensui*, *D. de reg. jur.* Vocamus autem utiles actiones eas, quæ cessantibus verbis legis indicuntur jurisdictione et sententia. §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* Sed hæc in verbis differentia est. In re quamdiu utilis competit, hæc subtilitas supervacua est: cum utraque actio directa et utilis ejusdem potestatis sit, eumdemque habeat effectum, (ut de his totidem verbis scriptum est in *L. actio*, *antep. D. de neg. gest.*) Sed hoc, inquam, ita, dum utilis statim competat, et detur simpliciter. Quod non fit in his utilibus, quæ post rem metu gestam competunt. Atque hinc est etiam in re, quod inter has intersit, et eas quæ metu sunt amissæ.

XXII. Nam quecumque hic utilis datur veteris actionis loco, datur [16] ex restitutione et rescissione prætoria constituta hoc edicto, ut indicant verba edicti. Idque ita declaratur in *d. L.* 9. §. *sed quod prætor. L. volenti*, *L. ult.* §. *pen. D. quod met. cau. L.* 5. *C. eod.* Declarat et definitio in integrum restitutionis. Est enim in integrum restitutio amissæ rei et caussæ redintegratio. *L.* 2. *C. in quib. cau. in int. nest. nec. non est.* In his autem quæ per metum gesta sunt restituendis ejusmodi redintegratio est amissæ rei ex hoc edicto. Rem quidem metu amissam jam ante ostendi. Nam dominus qui rem suam tradidit alienandi caussa, dominium amisit translatum in alium. *d.* §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Qui debitorem liberavit, liberatione amisit actionem, *d.* §. *per acceptilationem*, *Inst. quib. mod. toll. obl.* Nec obstat, quod metu coactus dominus aut creditor id fecit. Nam ut dixi initio, etsi nisi cogeretur nollet, tamen coactus voluit. *L. si mulier*, §. *ult. quod met. cau.* Quare si et hic ita gestum restituitur, aperte hic sub-

16) Ant. Fab. *ad L.* 9. §. 4. *hoc tit.* Quæ res in bonis esse desiit, ea rescissa per Prætorem beneficio restitutionis in integrum traditione vel alienatione, incipit rursus fieri in bonis. Nec veteribus actione antea experiri licet quam post restitutionem.

subest amissæ rei redintegratio. Quo fit, ut et insit in eo in integrum restitutio. Habet vero hæc restitutio duo, quæ actionem utilem ex restitutione competentem separent a vetere illa prius amissa. Primum hoc significat, utilibus istis actionibus incipere agi non posse, nisi intra quatuor annos ex quo res metu gesta est. Quia agi his non possit nisi restitutione præcedente. Id autem tempus quatuor annorum præstitutum est constitutione Justiniani implorandis omnibus in integrum restitutionibus. *L. ult. C. de temp. in int. rest.* At directa si post metum perseverasset, ea perpetuo uti liceret, sicut et ante licuit. Alterum eodem verbo continetur, ut quemadmodum qui metu rem alienavit, eam rem consequitur restituta actione in rem: ita simul si quid ipse in negotio gerendo eo nomine acceperit, restituere cogatur. Id efficit, inquam, verbum restitutionis, cujus vis est ea, ut unusquisque id est et qui restituitur, et is adversus quem restitutio est, in integrum jus suum recipere debeat. *L. quod si nolit*, §. *pen. D. de min.* Propone ergo eum qui metu coactus rem suam alienavit, eam vendidisse et tradidisse, sed pretio accepto, de quo in venditione extorta convenerat. Poterit quidem is ex hoc edicto rem suam vindicare rescissa alienatione, ut diximus: sed hac lege, ut ipse quoque pretium reddat ei, qui metum intulit, nec aliter rem suam recipiat. Quod diserte traditum est in *L.* 3. *L.* 4. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt.* Non idem imponeretur domino rem a se non alienatam vindicanti. Huic jus est rem suam a possessore vindicare etiam non oblato pretio, quanti possessor ab alio bona fide emerat. *L.* 3. *C. de rei vind.* Merito. Hic etiam dominus nihil gessit quo rem suam consensu suo amitteret, ut ei restitutione in integrum sit opus. Sed nec pretium acceperat: ut iniquum sit eum jure suo utentem alienum factum luere, et quod non accepit, præstare. Qui autem re a se vendita restituitur, pretium accepit, jure ergo hoc reddit, qui irritam venditionem fieri postulat. Et si dubitemus, efficitur verbo restitutionis, et rescissionis, quam dicimus ex hac parte edicti constitui.

XXIII. Atque hæc vetus actio est restituta hoc edicto: via illa prior, quam hoc edicto constitutam esse diximus, ejus quod per metum amissum est, recuperandi caussa. Altera via est, ut proposui, eodem edicto comparata et eodem pertinens; actio scilicet nova propria hujus edicti; quæ dicitur quod metus caussa. *d. L. si mulier*, §. *ult. quod. met. cau.* In utraque parte actio: sed ex priore ad restitutionem rei gestæ non una; sed alias in rem, ubi res alienata est: alias in personam, cum debitor liberatus est: alias pro actione exceptio, ut fit, cum quis metu se obligavit. Quippe restituitur vetus actio: quam proinde restitutam talem esse oportet, qualis fuit ante quam esset amissa. Hæc autem nova quod metus caussa, una est, adversus eos qui metum intulerunt, et ad quos ex ea caussa quid pervenit: quodcumque tandem est, quod vi metusve caussa amissum sit; quicunque is qui metu quid amiserit, sive dominus rem suam alienando, sive creditor debitorem liberando, sive quis oneri quo non tenebatur, se subjiciendo. Est enim actio in personam. §. *præterea*, *Inst. de act.* Proinde proposita vi læso, quacunque in re læsus sit, adversus omnem, qui ex ea caussa sit obligatus. Adversus quem et eo nomine solum agitur, ut est omnium actionum in personam conditio. *L. actionum*, *D. de obl. et act.* Et quoniam oritur omnis obligatio ex una aliqua earum caussarum quatuor, quas posuimus, ex qua sit hæc obligatio atque actio, non est obscurum. Cum enim nascatur ex vi, non dubium est, quin utraque sit ex maleficio. Est enim vis maleficium improbius, quod nec abest a scelere. *L. unica, C. ex del. def. L.* 2. §. *cæterum*, *D. vi bon. rapt. Inst. eod.* in pr. et facinus nominatur in *L. item*, §. *quod si homo*, *quod met. cau.* ut merito isti obligationi et actioni hic debuerit adsignari locus.

XXIV. Quæ contineat hæc actio ad juris sui persecutionem tum in re quam persequitur, tum in personis inter quas constituta est, hæc sunt. Si de re queritur, datur hæc actio, ut quod metus caussa abest, id omne restituatur vim passo. Ni restituatur arbitrio judicis, tum eo nomine sit actio et condemnatio adversus non restituentum quanti ea res erit in quadruplum intra annum utilem: post annum in simplum, caussa tamen cognita. Has partes paucis exsequamur.

XXV. Primum actio est de eo quod abest. *L. sed et partus*, §. *ult. L. item si*, in pr. *D. quod met. cau.* Petitio et persecutio, ut quantumcumque idest ex eo tempore, ex quo vis illata est, restituatur arbitrio judicis. *L.* 9. §. *ult. L. item si*, §. 1. *D. eod.* Videndum, quid contineat hæc restitutio, ut si restituat reus, quod satis est, absolvatur: si non restituit, sequatur ea condemnatio quam diximus. Et restitutionem rei amissæ convenientem esse oportet. Ut igitur amissio fuit, ita erit et restitutio. Jam dixi aliquoties ita es-

esse amissionem ex metus caussa, ut unusquisque qui cogitur quid gerere, aut alienet quid de suo, aut debitorem liberet, aut se obligationi alicui subjiciat.

XXVI. Si quis metu coactus rem suam alienavit, hæc erit restitutio, ut res ablata integra restituatur una cum omnibus accessionibus atque omni caussa, itemque omni jure rei si quod alienatione facta amissum est. Res ablata sic restituitur, si ut tradita est, ita veteri domino retradatur. *L.* 9. §. *ex hoc edicto*, *D. eod.* Scilicet ut traditione nova recipiat vetus dominus dominium et possessionem, quæ per metum amiserat. Traditione enim dominia transferuntur. Et quoniam non videtur res restitui, quæ deterior redditur *L.* 3. §. 1. *D. commod.* inest etiam in hac restitutione, ut integra qualis accepta est, reddatur: nec liberetur reus, qui metum intulit, si deteriorem factam offerat. De quo si semper constaret; res esset expedita. Aut enim sciens actor talem reciperet; et reus hoc facto liberaretur, vel solutione, quæ tollit omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. vel satisfactione, quæ pro solutione habetur, *L. satisfactio*, *D. de sol.* aut sciens talem recusaret accipere, et certum esset eum non satisfacere restitutioni. Nunc autem fieri potest, ut res offeratur re ipsa deterior, sed vitium non appareat; ut in speciem nihil adferatur idoneum ad recusationem. Quid enim, si actor animal ablatum infecerit veneno? si in fundo ablato radices arborum aut plantarum mala aliqua re corruperit. Ideo ad justam restitutionem rei hoc etiam exigitur, ut qui vim intulerat, repromittat de dolo, ne forte deterior res sit facta. *d. L.* 9. §. *ex hoc edicto.* Cautio ea est, ut caveat nihil se in ea re dolo fecisse, quo fieret deterior; si quid factum sit, quod emergat postea, se præstiturum. Cautio veteri domino non tantum adversus metum hujus periculi utilis, sed etiam necessaria; quia alioqui si res simpliciter restitueretur, et ea restitutione contentus esset actor, liberaretur reus aut solutione, aut satisfactione, ut ante dixi. Accedere debent ad rei restitutionem commoda omnia quæ ex re percipi potuerunt, ideo amissa, quia dominus re sua caruit. In quibus sunt, partus ancillarum, fœtus pecorum, prædiorum fructus, et omnis [17] caussa quæ rem non amissam secuta esset. Ut est in *L. sed et partus*, in pr. *L. item*, §. *quadruplatur*, *D. quod met. cau.* In fructibus autem venient ii, non solum qui percepti sunt ab eo, qui metum intulit, sed et quos actor percipere potuit, et per mortem impeditus est. *d. L. sed et partus.* Jura quoque si qua cum re amissa sunt, hac restitutione continentur. Servitutes puta aut usufructus. *d. L.* 9. §. *ex hoc edicto*, in fin. *quod met. cau.* Servitus fundo per metum alienato sic amitti potest, si is cujus fundo servitus viæ aut itineris debebatur, metu coactus fundum vendiderit et tradiderit ei, qui eam servitutem debebat. Isto enim modo evenit, ut qui metum intulit, incipiat utriusque fundi esse dominus et servientis et dominantis. Quod cum fit, confusione tollitur servitus. *L. si quis ædes*, *D. de ser. urb. præd.* Si quid ergo tale contigerit, novus dominus una cum fundo servitutem restituet. *d.* §. *ex hoc edicto*, quod ita faciet, si iterum eam fundo suo nominatim imponat. *d. L. si quis ædes.* Ususfructus rei alienatione sic potest amitti, si nudæ proprietatis dominus metu coactus fundum aut ædes alienarit, et inter moras restitutionis fructuarius decesserit, aut aliter amiserit usumfructum. Nam hic amissus redit ad proprietatem, proinde ad eum qui alienatione nudæ proprietatis dominus esse cœperat. §. *finitur*, *Inst. de usuf.* Ita fit, ut veteri domino amittatur hoc ipso, quod proprietas ei amissa est, quam alioqui ususfructus iste esset secuturus. In hac caussa sic fundus restitui debet, ut non solum restituatur proprietas, quæ per metum ablata est, sed etiam ususfructus, qui proprietati accesserat, postquam et hic veteri domino propter alienationem amissus est.

XXVII. Quod si quis creditor metu coactus debitorem suum liberarit, restitutio hæc erit, ut restituatur in pristinum statum obligatio, quæ præcesserat, *d. L.* 9. §. *ex edicto*, *quod met. cau.* Et quidem adversus se id ita debitor faciet, si stipulanti promittat, quod prius debebat quando stipulatio certum vinculum est adstringendæ obligationis jure civili. §. *de constituta*, *Inst. de act.* Sed hoc ita, si creditor metum passus patiatur adhuc differri solutionem. Quod si sibi statim solvi volet, necesse habebit reus ad justam obligationis restitutionem aut statim solvere, si fateatur se ante debuisse; aut si neget, statim ex vetere obligatione judicium accipere. Hoc ad istam sententiam in *d. L.* 9. §. *ex hoc edicto*, *quod met. cau.* Neque vero qui metum

17) De quo vid. *Jo. Cop. Lib.* 4. *de Fructib. Tit.* 1. *C.* 5.

tum intulit, adversus se solum restituere obligationem debet; sed omnem redintegrare, quæ eadem liberatione amissa est. Itaque si proponas liberationem intervenisse ab eo creditore, cui fidejussores dati erant et pignora: quoniam debitore liberato hoc evenit, ut omnes istæ accessiones una liberarentur: *L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* hoc ab illo exigemus, ut fidejussores vel eosdem vel alios non minus idoneos adhibeat; præterea ut et pignora quæ data erant, restituat in eamdem caussam. *L. illud*, *D. quod met. cau.* Idemque evenit in fidejussore, ut si metum intulit, ut accepto liberaretur, quo facto et reus principalis liberatus est, etiam adversus reum ipsum cogendus sit actionem restituere. *L.* 9. §. *ult. quod met. cau.*

XXVIII. Quod si quis quid promiserit, aut quovis alio modo obligationi qua prius non tenebatur, se subjecerit metu coactus, potest is si velit, contemnere eam obligationem: quippe qui quandocumque ex ea caussa convenietur, tutus futurus est exceptione quod metus caussa, ut supra diximus. Sed tamen quia hæc exceptio ignorari potest ab ejus heredibus, potest et ab his qui negotia ejus gerant: si ob id sibi expedire putat potius in præsentia liberari, et totam illam cautionem evanescere, id quoque consequi potest hac actione. *d. L.* 9. §. *sed quod prætor*, *eod.* Quo casu hæc restitutio esse debet, ut obligatio præcedens accepto feratur. *ead. L.* 9. §. *ex hoc edicto.* Idque juxta formam in hac re traditam in §. *item per*, *Inst. quib. mod. tol. obl.*

XXIX. Sed quæcunque hic restitutio est, quam persequitur hæc actio, ea injungitur arbitrio judicis, non sententia. Arbitratur prius judex, id est jubet, rem ita restitui, uti supra scriptum est, prout unaquæque species amissæ rei ex superioribus exigit. Et ad eam restitutionem præfinit tempus, quantum videatur esse satis. Intra quod si res non restituitur, uti reus jussus est, sequitur sententia et condemnatio propria hujus actionis atque edicti. *L. illud*, §. 1. *L. item si*, §. 1. §. *hæc autem*, §. *pro eo*, illic, *hæc si*, *D. quod met. caus.* Unde hæc actio arbitraria dicta, *ead. L. item*, §. *hæc autem.* Et recte. Hinc enim apparet condemnationem, atque adeo totam sententiam judicis in hac actione ex hoc arbitrio pendere: ubi scilicet reus restituere jussus, si paret, absolvitur; si non paret, incidit in condemnationem edicti. *d. L. item*, §. 1. et §. *hæc autem.* Definimus autem arbitrarias actiones eas, quæ ex arbitrio judicis pendent. §. *præterea*, *Inst. de act.* Id est eas in quibus condemnatio aut absolutio judicis pendet ex eo, utrum arbitrio judicis pareatur, an non pareatur; illinc proposita absolutione; hinc condemnatione. Condemnatio autem hujus actionis propria adversus eum, qui arbitratu judicis non restituit, ea est quæ constituitur edicto, ut sit judicium, et sententia summa adversus eum in quadruplum, in quo quadrupletur omne, quod restitui oportuit, et ut est in edicto, quanti ea res erit. *d. L. item*, §. 1. §. *hæc autem*, §. *quadruplatur*, *D. quod met. caus.* Sic tamen in quadruplum, ut in hoc quadruplo simplum insit. *d. L. item*, §. *quadruplatur*, in fin. §. *quatenus*, §. *item actio*, *Inst. de act.* Sed et hoc quadruplo illud datum reo, ut si eo qui vim intulerat condemnato, sine dolo et culpa ejus res ablata perierit, idque [18] intra tempora judicati, hoc casu a rei condemnatione liberetur ideo, quia tripli pœna propter facinus satisfacere cogitur. *d. L. item*, §. *quid si homo*, *D. quod met. cau.* Sed hæc actio in quadruplum proposita tantum intra annum utilem, id est quo experiundi potestas est. Post annum autem [19] in simplum. *d. L. item*, §. 1. §. *in caussæ*, *L.* 4. *C. eod.* At hoc simplum quomodo æstimamus? Et hoc animadversione dignum est, non ita æstimari hoc simplum, ut prius cum placet id quadruplari. In eo quadruplo quadruplatur simplum, quanti res est, quæ restitui debet, id est quanti vere est, et quanti interest actoris metum non pati. *d. L. item*, §. 1. §. *quadruplatur*, §. *ult. D. eod.* At cum post annum ad simplum ventum est, in quo id agitur, ut quod per vim amissum est, restituatur; nisi id arbitrio judicis restituitur, sequitur quidem condemnatio quanti ea res est, sed quanti est jurejurando actoris æstimata. Sic Paulus in *L. arbitrio*, *D.* de dol. *nisi restitutio fiat*, inquit, *sequitur condemnatio*, *quanti ea res est.* Et addit. *Ideo autem et hic* (in actione de dolo) *et in metus caussa actione certa quantitas non adjicitur*, *ut possit per contuma-*

18) Secus si ante sententiam *d.* §. 11. vers. *hæc si post.* Quia post sententiam transfusa est prior actio in actionem judicati *L.* 16. §. 6. *de pig.* In judicato autem faciendo condemnatus non fecit moram. Liberatur igitur per interitum præstatione rei, quæ quadruplo inest. Unde superest tripli pœna, ita Govean. 1. *Var. Lect.* 11. Quæ ratio displicet Henr. a Suerin. *Repet. Lect.* *C.* 36. quem adi. et Duar. *h. t. C.* 4. Verissima videtur ratio Marc. Lycklamæ *Lib.* 7. *Membran.* *Eclog.* 1. *p.* 114. quia ante sententiam tripli pœnæ locus non est. Si itaque liberaret tunc interitus, metus impunis relinqueretur. Sane Ant. Fab. *in rational. et* 16. *Conject.* 19. §. 10. *et* 11. *d. L.* 14. totam Triboniano adsignat, cui satis occurrit accurate refellens Lycklama *d. lo.*

19) Et tunc perpetua est, nec ei decennio aut vicennio sed 30. annis præscribitur, ut Plancentin. contra Accurs. ref. A. Fabro *ad L.* 21. §. *pen. h. t.*

maciam suam reus condemnari, quanti actor in litem juraverit. Nihil hic proprium harum actionum, sed commune est omnium, in quibus quid arbitrio judicis restitui debet, neque restituitur dolo malo, aut per contumaciam. *L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vind.* Sed et hæc ipsa actio in simplum quæ post annum datur, non simpliciter proponitur, sed caussa cognita. Quod ita acceptum est, ut si alia sit actio, hæc non detur. Hoc in *d. L. item*, §. 1. et §. *in caussæ.* Ubi quæ, et quando alia possit esse actio, explicatur. Eadem sententia comprehensa in *L.* 4. *C. eod.*

XXX. Hæc de re et persecutione hujus actionis propria. De personis eorum quibus, et adversus quos est actio, ita jus est. Competit ei, cui quid per metum abest; nec aliam significationem habet, quod dicitur, naturam hujus actionis damnum exigere. *L. sed et partus*, §. *ult. L. item*, in pr. *D. quod met. caus.* Adversus quos autem datur, in his nonnihil singularis juris observandum est. Illud quidem constat hanc ratione juris communi recte constitui, sicut et maxime constituta est, adversus eum qui metum intulit. Is est enim, qui deliquit, et quem hic palam est ex delicto esse obligatum. Recte autem omnis actio in personam adversus eum qui obligatus est: nec vero esse potest jure communi adversus alium. *L. actionum, D. de obl. et act.* Quo loco recte monemur, adeo hunc qui vim fecit, teneri hac actione, ut ad eam rem nihil referat: exstetne res ablata, an quovis casu perierit. *L.* 1. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt.* Pertinet enim hoc ad constitutionem certi juris, culpa, cujus pars est mora, perpetuari obligationem: ut si res debitoris mora perierit; nihilominus tam teneatur, quam si res exstaret. *L. si ex legati, L. si servum*, §. *sequitur, L. si rem*, §. 1. *D. de verb. obl.* Convenit autem inter omnes, et fures, et raptores, et qui ex maleficio alieni quid obtinent, ex ipso tempore delicti perpetuo moram facere, atque adeo plus quam frustratores debitores videri. *L. ult. D. de cond. furt. L. ult. D. unde vi.*

XXXI. Hoc ergo totum hactenus secundum regulas et principia juris de obligationibus et actionibus in personam constituti. Hoc singulare jus in hac actione, quod placet eam non minus dari adversus omnes, ad quos quid vel rei, vel lucri ex metu illato pervenit, quanvis omni crimen careant. *L.* 9. §. *ult. L. item*, §. *in hac, D. quod met. cau.* Sit exempli gratia extraneus emptor, qui rem metu extortam ab eo qui metum intulerat, bona fide emerit; etiam adversus hunc recte hac actione agetur. *L.* 3. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt, d. L. item*, §. *in hac, D. eod.* Sit fidejussor, qui ex facto debitoris metum inferentis liberatus sit vel ignorans: etiam adversus fidejussorem agi poterit, ut se reponat in obligationem. *L. illud, D. eod.* Sic et fidejussore vi liberato, ubi et reus liberatur una, etiam adversus reum eadem competet actio. *d. L.* 9. in fin. Quod cum dicimus, etiam hoc dicimus actionem quod metus caussa adversus hos omnes competere cum suis conditionibus, id est ita, ut si jussi restituere quod habent, non restituant, condemnetur in quadruplum intra annum. *d. L.* 9. §. *ult. L. item*, §. *in hac, D. eod.* Et si quidem aperte de his ita comprehensum esset edicto, minus dubitaremus. Nunc autem nihil de his edicto expressum esse declarat Juliani sententia, qui fidejussore per vim acceptilatione liberato, negabat in reum qui una liberatus esset, restituendam esse actionem. *d. L.* 9. in fin. Quod ille non fecisset, si verbis edicti proposita esset actio nominatim adversus eos, ad quos ex metu aliquid pervenisset. Et tamen hoc ita acceptum est a veteribus, ut *ibidem* declaratur. Unde igitur sumptum? nec temere quæritur. Non enim ratione juris communi id effectum est; cum regulæ juris refragentur, quibus efficitur, ut quæcunque ex delicto actio est, sit adversus eum, qui maleficium admisit; non item adversus alios qui sine delicto aliquid lucri inde senserunt. Exemplo est actio de dolo, quæ quanvis ex consimili genere delicti, tamen non adversus alium datur, quam cujus dolo factum est. *L. sed et ex dolo*, §. *ult. D. de dol.* Et sumpserunt hoc veteres ex verbis edicti, non expressis illis quidem in eam rem, sed vi ipsa satis id significantibus. Est enim, inquiunt, hæc actio in rem scripta, *d. L.* 9. §. *ult. D. quod met. caus.* Idque ita interpretatur Ulpianus, propositam edictio ita, ut prætor generaliter eam, et in rem ipsam quæ metu gesta est, proposuerit, nec adjecerit a quo aut cum quo gesta sit: ut intelligeremus cum actio personam vim facientis non coerceat, hanc sententiam esse prætoris, ut adversus omnes restitui velit, quod metus caussa factum est. Hæc Ulpianus ad hanc sententiam in *d. L.* 9. §. 1. in pr. et §. *ult.* in pr. Verba edicti ita esse satis indicant, quæ sunt initio. Non enim ait prætor, quod metus caussa gestum erit, adversus eum qui metum adhibuerit, ratum non habebo, aut actionem dabo: sed generaliter et de re gesta

sta duntaxat. Quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo, de eo judicium dabo, ni restituatur. Atenim diserte traditur in §. *præterea*, *Institution. de act.* actionem quod metus caussa esse in personam, non in rem. Hoc non negat, qui in rem scriptam esse dicit. Aliud est enim actionem in rem dici simpliciter, aliud in rem scriptam. Priore conceptione significatur actionem esse in rem, genere distincto ab eo, quod vocamus in personam. Posteriore designantur actiones maxime in personam, sed indefinite adversus rem gestam scriptæ, nulla persona expressa adversus quam gestum retractetur. Et generaliter sic est usus veterum, ut dicant actionem, pactionem, legem in rem scriptam aut conceptam esse, dum hoc volunt intelligi esse scriptam aut conceptam generaliter de re de qua agitur, sine designatione ullius personæ, ad quam actio, pactio, lex [20] dirigatur. De actione indicatur in hac ipsa de qua agimus, in *d. L.* 9. §. 1. et ultim de pactione, in *L. jurisgentium*, §. *pactorum*, *D. de pact.* de lege aut edicto in *L.* 5. §. *ult. D. quibus ex cau. in poss. eat.* Scripsi de eo plura ad §. 1. *Institution. de act.* Et sint sane verba edicti ista sententia quam diximus.

XXXII. Sed de re ipsa exoritur ex adverso ratio, quæ efficiat hanc actionem aut non competere ex edicto adversus eos, qui metum non intulerunt, ut veteres sunt interpretati, aut certe poni non debuisse, ac proponi iniquum esse. Primum nulla est actio ex delicto, nisi adversus eum qui deliquit. Neque enim dici potest ex delicto esse, si agitur cum eo qui nihil deliquerit. At non deliquit, quo ignorante nec mandante, aut ratum habente metus illatus est. Non igitur potest aut debet adversus eum constitui quod metus caussa actio. Neque vero ex alia caussa esse potest adversus eum, qui neque contraxit, neque quasi contraxit cum eo qui metum passus est, neque quasi delicto illi nocuit. Accedit alia sententia juris certi omnem pœnam tenere debere suos auctores, nec longius progredi, quam delictum. *L. sancimus*, *C. de pœnis.* In proposito autem solus deliquit, qui metum intulit, et actio de qua agitur pœnam continet. Quare hujus actionis pœna ad eos qui metum non intulerunt, pertinere non debet. De utroque sic breviter respondemus, superiores sententias ut juris certi ratas haberi debere: sed nihil hic peccari adversus eas, cum actio quod metus caussa datur adversus eos, ad quos res metu ablata, aut lucrum aliquod ex eo metu pervenit, quanvis metum non intulerint. Nam et hi delinquere a prætore existimantur. Non delinquunt ab initio: sed tunc incipiunt id facere, cum conventi de eo, quod ex caussa metus consecuti sunt, id metum passo non restituunt. Sic enim vi extortum retinent, et hactenus vim probant. Hoc in his quæ metus caussa gesta sunt, pro delicto a prætore habetur, ut vis inhibeatur; quæ singulorum saluti et tranquillitati insidiatur, et hanc stare non patitur. Quæ eadem turbas et seditiones inter cives excitans statum publicum convellit, an sæpe Respublicas bene constitutas evertit. Ideo sic vis et metus existimatur esse contrarius bonis moribus, ut hoc ipsum habeatur contra bonos mores metum illatum comprobare.

XXXIII. Dissimiliter tamen tenentur hac actione, qui metum intulit, et qui ab eo rem comparavit bona fide, eaque differentia est duplex. Prior tenetur semper, etsi res vi ablata casu interciderit. *L.* 1. *C. de his quæ vi metusve caus. gest. sunt*, *L.* 9. §. *pro eo* illic, *hæc si post*, *D. eod.* quia is perpetuo moram faciat: mora autem perpetuam fecerit obligationem, ut ante dixi. *L. ultim. D. de cond. furt. L. pen. D. unde vi.* Bonæ fidei emptor non tenetur, si prius quam cognosceret rem metu esse ablatam, ea sine dolo ejus perierit. *L. item*, §. *aliquando*, *D. eod.* Nam si de actione in rem quæritur, hac non tenetur, qui neque possidet, neque dolo desiit possidere. *L. qui petitorio*, *D. de rei vind.* Si de actione in personam, quæ ex obligatione est, ea actione liberatur omnis debitor interitu rei debitæ, qui sine culpa ejus contigerit, *L. si, ex legati*, *D. de verb. obligat. L. quod te*, *D. si cert. pet.* Sed et qui metum intulit, rem possidens nulla præscriptione longi temporis se tueri potest adversus actionem, quæ eo nomine intenditur. Si agitur in rem utili rescissoria: nihil prodest ei longi temporis possessio ad acquirendam præscriptionem temporis; quæ iis solis competit, qui rem bona fide possederunt. *L.* 2. *L.* 4. *L. si fraude*, *C. de præscr. long. temp.* Si agitur in personam actione quod metus caussa: hoc genus actionum longi temporis præscriptione non summovetur. *L. hereditata-*

20) Ita et Duar. *h. t. C.* 3. scribens falso quosdam actionem in rem scriptas a personalibus et realibus distinguere. Donellus noster *ad* §. 1. *I. de act. n.* 9. *et* 10. Pac. 2. Q. 22. quia et hoc modo doli clausula in rem scripta dicitur *L.* 5. *Usuf. quem. cav.*

tatis, *C. de pet. her.* Qui autem ab eo bona fide rem accepit, si diu possederit, nihil obstat ei, quominus per longi temporis possessionem rem [21] adquirat. Et vero placet eum longi temporis præscriptione munitum conveniri non posse, idque ita diserte cautum esse in *L.* 3. *C. de his quæ vi met. cau. gest. sunt.*

XXXIV. Et si quidem agatur cum bonæ fidei possessore actione in rem, omnes, consentiunt eum hac præscriptione uti posse. An idem probandum sit, si agatur cum eo actione in personam quod metus caussa, duo dubium fecerunt, quæ obstare videntur: verba *d. L.* 3. item ratio juris certi. Verba rescripti ita sunt, ut dicat Gordianus cum emptore bonæ fidei agi posse; ut reddito ei precio fundum emptum restituat; postquam placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti: si modo qui secundo loco comparavit, longæ possessionis præscriptione non fuerit munitus. Quæ oratio ad actionem in rem conferri videtur. Quominus autem idem ad actionem in personam transferamus, prohibet illa ratio juris certi; quia jam diximus placere, actionem in personam præscriptione longi temporis summoveri non posse *d. L. hereditatis*, *C. de pet. her.* Sed nihil horum nobis oberit, quominus recte defendamus superius rescriptum ad omnem actionem pertinere, qua conveniatur iste emptor, et conventum adversus omnem eam actionem præscriptione longi temporis munitum esse. Nam quod in superiore rescripto dicitur cum eo emptore agi posse, ut rem prius metu ablatam domino veteri restituat, generaliter dicitur, nec adjicitur, qua actione utatur is qui metum passus est, aut heres ejus. Quod autem subjicitur, quia placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti: non sic hæc verba accipi debent, ut intelligamus eam actionem dari, quæ dicitur in rem, distinguiturque ab actione in personam: sed ut significetur actionem dari, quæ rem sequatur, et propter rem ejus rei possessorem, sive ea sit utilis in rem, sive actio quod metus caussa in personam. Idque satis declaratur, cum adjicitur hanc actionem in rem dari secundum formam edicti. Forma edicti hoc continet, ut actio de eo quod metus caussa gestum est, sit in rem scripta idque veteres constanter ita acceperunt. *d. L.* 9. §. 1. §. *ult. D. quod met. cau.* Ex quo usu et si quid in superiore rescripto ambigui est, interpretandum est, præsertim cum res ad formam edicti remittatur. Quod si aliter interpretantes verba urgere vellemus, diceremus superioribus verbis maxime utramque actionem significari tam in personam quam in rem: cum Gordianus non simpliciter dicat actionem in rem dari, sed actionem quoque in rem: ut sit sensus non solum actionem in personam; sed et in rem quoque. Sed nihil necesse est eo confugere, cum ex usu veterum perpetuo in hac actione satis prior interpretatio se ostendat. Neque vero quominus in hac specie adversus actionem in personam quod metus caussa, longæ possessionis præscriptionem bonæ fidei emptori demus, offendi oportet eo, quod traditur actionem in personam longi temporis præscriptione non summoveri. *d. L. hereditatis*, *C. de pet. her.* Hoc enim de iis actionibus dictum est, quæ ante præscriptionem competierunt. Quod si quæ ante natæ non sint, ac post præscriptionem longi temporis in re possessa quæsitam intentatæ summoveantur, hæ dici non debent præscriptione temporis summoveri, quasi ante natæ, sed propter præscriptionem quæsitam impediri, ne nascantur. Ac talis est actio quod metus caussa adversus eos rei ablatæ possessores, qui dolo carent. Tenentur isti hac actione: verum non statim, ut rem possidere cœperunt, sed ex quo interpellati et moniti rem esse ablatam, eam non restituunt. Neque enim ante quidquam deliquerunt, feceruntve, quo actione in personam tanquam obligati teneri possent. Quare si inter moras re longo tempore bona fide possessa possessionem longi temporis de re quæsierint, ut certe omni jure possunt; toto *Tit. C. de præs. long. temp.* apparet, si conventi hac actione postea removeantur, non ideo eos summoveri, quia actio præscriptione amissa sit, sed quia ante præscriptionem non sit quæsita: post autem quæri non possit adversus eum, qui jure civili dominus esse cœperit.

XXXV. Hæc dicta sunt de principalibus personis. De heredibus est id fragmentum, quod retuli initio. Id explicatur in *L. quod diximus*, §. *ult.* et aliquot, *LL.* seqq. *D. quod met. cau.* Sed hunc locum neque hic attingimus, neque attigimus ante in superioribus generibus obligationum, quia nobis consti-

21) Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 10. *n.* 14. actionem contra eum, qui metum incussit, diuturniorem esse (scilicet in simplum) quam contra ejus singularem successorem.

stitutum est semel in commune dicere de actionibus hereditariis, ad quos et adversus quos transeant. Qui locus communis est omnium obligationum, non unius alicujus generis proprius. Et vero hæ heredibus, aut adversus heredes nascuntur ex aliis caussis, quam illis quatuor, quas supra posuimus: quoniam non principaliter et ex persona heredum exsistunt, sed ex persona alterius ad eos veniunt.

XXXVI. Ut autem de metu superior actio est quod metus caussa: ita et sola de his quæ metu extorta sunt. Itaque quanvis in iis rebus mobilibus quæ vi rapiuntur, et in his quæ vi extorquentur, adhibeatur vis non dissimilis; tamen sicut de ereptis non est hæc actio: sic nec de extortis actio vi bonorum raptorum, aut furti. Quæ sententia est. *L. item,* §. *antep. D. eod.* Vis quidem utrobique pariter: sed ablatio dissimilis. Illic res eripiuntur invitis: hic etsi extortæ, auferuntur tamen ei qui voluit, etsi ut vellet, sit coactus. *d. L. si mulier*, §. *ult. eod.* unde qui vim intulit, cum a domino volente rem sit consecutus, recte negatur raptor esse, ac proinde fur improbior, in *d. L. item*, §. *antep.* Nam hunc furem nec manifestum non esse nemo dubitat. De actione de dolo dubitatur, competatne et hæc de his quæ metu gesta sunt. In *d. L. item*, §. *pen.* scriptum est, eum qui metum fecit, certum esse et de dolo teneri, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita. Rursum edictum de dolo, prohibet, quo ita proponitur actio de dolo, si nulla alia sit actio. *L.* 1. in pr. et §. *ait*, *D. de dol.* Id quale sit, in ea parte dicetur opportunius.

XXXVII. Sed hæ actiones adversus vim et metum illatum civiles sunt, et pecuniariæ. Cæterum vis etiam in crimen publicum cadit, vindicaturque legibus Juliis publicorum judiciorum de vi publica et privata. *L. sed et partus*, in fin. *D. quod met. cau.*

CAP. XL.

De concussione.

Concussio vi et metui affinis; sed tamen dissimilis. I. V.

Quid sit. Et quomodo minor metus concussionis sufficiat. II.

Metus autem publici magistratus imperio abutentis. III.

Vel etiam privati, simulato jussu magistratus, vel futuri judicii injecto terrore, aliquid extorquentis. IV.

De concussione agitur civili et criminali actione. Civilis quæ. VI.

Criminalis duplex, et quæ VII.

I. Vis et metus species quædam est concussio: sed ab ea vi, quæ superius vindicatur, nonnihil dissimilis: contra bonos mores tamen. Ideo et vindicatur legibus sed propria actione: cujus vis hæc est, ut quemadmodum supra quæ per vim atrocem extorta sunt, sic et hac parte quæ extorta sunt per concussionem, restituantur.

II. Est autem [1] concussio id maleficii genus, cùm metu potestatis publicæ nostræ vel alienæ, aut judicii futuri illicite injecto, aliquid extorquetur ab alio, id agente, ut alicujus rei præstatione se eo metu liberet. Definitio singulis partibus cognitis patebit. Concussio omnis est extorsio alieni adhibito ad auferendum injusto metu. Indicat *L.* 1. *D. de concus. L. illicitas*, §. *illicita*, *D. de off. præs.* Sed non quivis metus concussionem facit. Is metus huc pertinet, qui mollior est, et ab illo superiore recedens ex eo tantum nascitur, quod metuitur imperium et vis potestatis. Quod quibus in rebus positum sit, mox dicam. Prius monebo, quod ad hanc partem pertinet; quia in hac extorsione incidit ille minor metus, qui magis assiduitate quatiendi, quam impetu quid extorquet, hinc natum esse concussionis nomen veteribus. Metaphora ducta vel ab iis qui ædificium ruinosum concutiunt, ut quod inde ceciderit, auferant. Vel potius a furibus pomariis, qui quoniam fructus ex alienis arboribus adhibita mora legere non audent, ne in furto deprehendantur, arbores concutiunt, ut quæ poma ceciderint, statim et raptim inde auferant. Genus concussionis similium in iis, quæ metu potestatis injecto extorquentur: sed mollius, et tamdiu velut quatiendo, donec ab eo qui concutitur, aliquid auferamus.

III. Est ergo concussio tunc solum, cum quid extorquetur metu potestatis publicæ, qui metus in superiorem aliquam speciem ex iis de quibus supra diximus non cadat. Ejusmodi metus est, cum magistratus, aut qui aliquo officio, munere, ministeriove fungitur, potestate sua abutens illicite aliquid imperat, quod pro potestate exsequi potest vel injuria, et is cui imperatur, aliquid dat, ut imperium et metum ejus periculi effugiat. Exempla hæc sunt: Si magistratus aliquis superior aliquid a privatis sub specie tributorum, ubi non licet, exigat. Ut indicatur in *L. illicitas*, §. *illicita*, in fin. *D. de off. præs.* Si magistratus licita negotiatione aliquem prohibeat, et negotiator pecuniam det, ut se ea interdictione liberet, *arg. in ead. L. illicitas*, §. *neque licita.* Si metator aliquis imperet hospitium pro his, qui in numero officiorum vel militum non sint, aut imperet iis, qui ab hospitibus recipiendis sunt immunes, et is cui illicite hoc imperatur, se ea molestia pecunia redimat. *d. L. illicitas*, §. *illicita*, et §. [2] *ne tenuis.* Si centurio injungat militi aliquid ex iis operis, quæ tyroni [3] conveniunt, non militi, et miles det aliquid hujus tyrocinii evitandi caussa. Qua in specie aperte concussio ponitur in *L.* 3. *C. de cond. ob turp. cau.*

IV. Sed non solum si is qui aliquo munere et officio publico fungitur, aliquid ita imperet, et per metum potestatis extorqueat, concussio est; sed etiam si quis privatus simulato magistratus jussu per eam caussam ali-

1) Terror injectus pecuniæ vel alterius rei extorquendæ caussa, Cujac. *in Par. hoc tit.* vid. Menoch. *Cas.* 342. *n.* 10. *et seqq.* Damhuder. *Prax. crimin. Cap.* 129. Farinac. *Q. crimin.* 111. *Art.* 3.

2) *Ne tenuis vitæ hominis sub prætextu adventus officiorum vel militum lumine unico vel brevi suppellectili ad aliorum usus translatis injuria vexentur d.* §. 5. ubi pro *lumine*, *limine* reponit Zoan. *Restit. ad D. C.* 21. exponens id est, domuncula vili (quæ et domuscula et domuncio Apulejo Perot. *Cornucop. in* 2. *Martial.* licet Parthas. *Epist.* 37. in loco Apuleii *domuitionem* legere malit) et ita legit Tiraq. *L. Connub.* 10. *n.* 28. Sed Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 29. vulgatam retinet, non tamen ut lumen candelam significet, sed cœnaculum ita angustum ut ei unicum lumen (id est fenestra *L. pen. de. serv rust. L.* 25. §. 2. *Locati*) sufficiat.

3) Nec enim tyronibus veterani exæquandi, Fr. Guicciard. *Lib.* 18. *Historiæ.* Non recte autem DD. vulgo *d. L.* 3. accipiunt de eo, qui pecuniam dedit ut militiam detrectaret, seu refugeret, ita enim utriusque ibi turpitudo vertetur, ut recte Rob. 1. *Sent.* 11. quanquam nec ei satis apte accipere videatur de eo, qui nondum deposito vel persoluto tyrocinio præmature in numeros data pecunia se referri expetat.

aliquid auferat. *L.* 1. *D. de concus.* Nam et hic injicitur metus potestatis etsi alienæ, quod definitione complexi sumus. Adeoque metus publicæ potestatis quanvis a privato illatus valet ad concussionem, ut si quis cui minatus sit crimen seu accusationem, et ne accusaret, pecuniam acceperit: placeat cujuscunque criminis sit accusatio concussionem admitti: quia et metum injicit potestatis judiciariæ. *L.* 2. *D. de concus.* Et hæ sunt sordidæ concussiones privatæ, quarum mentio est in *L.* 1. in fin. *D. de calumniat.*

V. Ex his intelligitur, quam recte definierimus concussionem id esse, quod diximus. Simul et illud, concussionem omnem cum iis quæ per vim et metum extorta sunt, hoc commune habere, quod et in concussione per metum aliena extorqueantur: sed a vi et metu superiore differre genere metus, et quidem eo genere, quod ad illud edictum, et actionem quod metus caussa non pertineat: quam ob caussam et propria actione concussio vindicatur. Nam superiore edicto de iis quæ vi metusve caussa gesta sunt, vindicatur solum vis atrox. *L.* 3. *D. quod met.* Vindicatur metus majoris mali, et qui merito cadat in constantem virum. *L.* 5. *L.* 6. *eod. tit.* et eum esse diximus, qui contineat periculum mortis, aut cruciatus corporis, aut si quid est morti simile. *L.* 4. *L. si quis donationis*, *C. eod. L.* 4. *D. eod.* In concussione nullum ejusmodi metum exigimus. Certe nullus istiusmodi spectatur in iis factis, in quibus paulo ante concussionem inesse diximus. Nam solvere aliquid tributi nomine, prohiberi licita aliqua negotiatione, admittere hospitem, obire aliquod munus cum sis miles, et si qua sunt similia, neque mortis periculum ingerunt, neque cruciatus corporis, aut quidquam his simile. Unde vim et deprædationem a concussione, eum qui vim faciat ab eo, qui concussionem inferat, ubique distingui legimus. *L. unica*, *C. ex del. def. L. ult.* §. *ult. C. de mo. mul.* Sed tamen et hæc maxime fœda extorsio est, minimeque ferenda in magistratu, et iis qui officio aliquo funguntur, cum munere suo abutentes potestatem publicam, quæ civibus saluti esse debuerat, ad eorum injuriam transferunt, ejus terrore eos tamdiu concutientes, donec a concussis aliquid auferant. Idcirco et vindicatur concussio constitutionibus.

VI. De iis quæ concussione expressa sunt, et civiliter agi potest, et criminaliter. Civilis actio est in factum, ut quæ per concussionem amissa sunt, restituantur. *L.* 1. *D. de concus.* In qua talis restitutio intelligenda est, qualem in eo qui metum intulit, supra descripsimus. Quod si in magistratu aut alio munere publico vis perveniat ad periculum mortis aut cruciatus corporis, etiam hæc vis incidet in edictum quod metus caussa. *L.* 3. in fin. *D. quod met. cau.*

VII. Criminalis actio seu accusatio de concussione duplex est. Primum omnis concussio coercetur extra ordinem, non solum in iis qui potestate aliqua præditi fuerunt, sed etiam in privatis, qui ejus potestatis terrore injecto ad eam concussionem abusi sunt. *L.* 1. *L.* 2. *D. de concus.* Incidit præterea interdum et concussio in crimen judicii publici. In omnibus quidem iis qui in magistratu, officio, munere, ministeriove publico quid acceperunt, quo magis aut minus quid ex officio facerent, sive per concussionem et metum potestatis prius injectum, sive dum se pecunia corrumpi sinunt, id fecerint, hujus generis crimen admittitur. Tenentur enim [4] lege Julia repetundarum. *L.* 1. *L.* 3. *L.* 6. *D. ad leg. Jul. repet.* In privatis autem quicunque ob accusandum vel non accusandum, denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperint, pœna legis Corneliæ teneri jubentur, ut est in *d. L. ult. D. de concus.* ubi Corneliam intelligere debemus de falsis, ut declaratur iis capitibus, quæ ea lege vindicantur. *L.* 1. *D. ad leg. Corn. de falsis.*

4) Nec ideo confusa appellatio criminis repetundarum et concussionis, sed si a privato committatur, privatum tantum quando a falsi crimine recedit; sin a magistratu vel officiali unico delicto utrumque crimen, is ot publicum et extraordinarium incurrit, Rob. 1. *Sent.* 11. et publicum crimen admixtum est privato, ut unico facto duo crimina admissa intelligantur *L.* 4. *et seq. C. ad L. Jul. repet.* Menoch. *Arb. C.* 342. *n.* 11.

C A P. XLI.

De dolo.

I. Ut vi et concussione sic aliena auferuntur dominis, ut domini summo jure amittant: ita et dolo malo; dum arte sic dominis excutiuntur sua, ut his vel imprudentibus, vel etiam invitis excidant non secus, quam si sponte amisissent. Tantum hoc interest, quod vis aperta est: dolus occulte et per simulationem idem molitur. Unde

de bene a Cicerone scriptum est *lib.* I. *Off.* vim et fraudem injustitiæ species esse pariter reprehendendas. Hoc interesse, quod vis sit leonis, fraus [1] vulpeculæ. Ideo et quæ dolo expressa excussave sunt dominis, æque vindicantur jure civili.

II. Ex hoc genere delicti duo actionum genera jure constituta esse animadverto. Unum, adversus eum qui decepit. Alterum adversus eum, qui locupletior alieno dolo factus est, sive doli particeps sit: sive non sit. Prioris generis una actio est, quæ dicitur de dolo: sed ita una, ut sit generalis, et adversus omnem detur, qui fraudavit, si nulla alia sit eo nomine actio. Posterioris generis duæ, sed speciales: Calvisiana seu Faviana de rebus in fraudem patroni a liberto alienatis, et Pauliana de rebus alienatis in fraudem creditorum. Actio de dolo constituta ea parte edicti, quæ est de dolo malo: de qua sub Titulis *de dolo, D.* et *C.*

III. Edictum de ea re in hæc verba fuit, aut his similia: certe in hanc sententiam, in quam veterum interpretationes consentiunt. *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa caussa esse videbitur*: de his ei cujus intererit ea facta non esse, qui modo comprehenderit quid dolo malo factum sit, adversus eum cujus dolo facta erunt, intra annum quo experiundi potestas erit, *judicium dabo*, ut nisi ea res de qua agitur, arbitrio judicis restituatur condemnatio sequatur. De eo quod ad fraudatorem, heredemve ejus, item quod ad dominum, cujus negotia gesta sunt, ex dolo ejus qui gessit, pervenit, dolove malo eorum factum est, quominus perveniret, etiam post annum in factum judicium dabo. Complectitur breviter hoc edictum omnia ad hanc actionem pertinentia: eadem illa scilicet quæ in omni obligatione et actione in personam quærimus: caussam actionis, et quæ ea actione continentur ad juris nostri exsecutionem, petitionem actionis propriam; personas eorum quibus, et adversus quos competat; et tempus specialiter huic actioni præfinitum. Quæ simul omnia nusquam proposita sunt sub hoc titulo. Ac ne singula quidem satis expressa. Sunt tamen ejusmodi, ut quædam expressa sint, cætera ex vestigiis ad eam sententiam pertinentibus non obscure colligantur. Quæ ad confirmationem superioris summæ initio nota esse inutile non fuerit. Caussa ergo expressa est in *L.* I. *D. de dolo.* Petitio actionis propria declaratur in *L. arbitrio, D. eod.* Cui actio competat, indicatur in *L. item, D. eod.* Adversus quem in *L. sed et ex dolo, §. ult. D. eod.* Tempus actioni præfinitum comprehensum est in *L. ult. C. eod.* Cætera notabuntur deinceps diligentius ex suis quæque locis.

IV. Caussa actionis continetur his conditionibus quatuor; quas comprehensas legimus in *d. L.* I. *de dolo*, si quid factum sit; si factum dolo malo; si de eo alia actio non erit; si et justa caussa esse videbitur, cur detur actio. Quæ singula quid valeant, ordine cognoscamus.

V. Primum illud est, ut quid factum sit, quo alii detrahatur: unde sit et hujus edicti restitutio. Non exigit prætor gestum, ut edicto de eo quod metus caussa, *L.* I. *D. quod met.* sed sat habet si quid factum sit verbo generaliore. Non sane quod non omnia quæ per metum ablata sunt, æque restitui debeant, atque ea quæ sunt ablata dolo malo: cum in dolo insit delictum, in vi et metu etiam facinus. *L. item. §. quid si homo, D. quod met. cau.* Et quidem tale, quod comprobare putetur contra bonos mores, ut supra dixi. *L. nihil consensui, D. de reg. jur.* sed quia metu illato nihil extorquetur alii, nisi quod ab eo volente quanvis prius coacto accipitur; ac proinde ita, ut cum eo negotium gestum sit. At dolo malo possunt pleraque alii detrahi etiam eo ignorante, et invito, proinde sine gestu, quæ nihilominus æquum sit restitui, quæque etiam prætor velit pertinere ad restitutionem hujus edicti. Quæ quia non poterant verbo gesti comprehendendi; ideo dolo facta generaliter dici oportuit, ut esset verbum, quo omnia continerentur, quæ dolo malo alteri detracta essent. Sit ergo horum verborum hic sensus: omnia quidem hoc edicto restitui ea, quæ dolo malo cum alio gesta sunt, et a decepto expressa, non secus quam edicto de metu ea, quæ per vim et metum alicui extorta sunt: puta si quis deceptus alienarit quid de suo, aut debitorem liberarit, aut susceperit in se aliquam obligationem: sed non minus contineri etiam ea, quæ cum alio gesta non sunt ex consensu, sed quovis modo facta, quæ alteri rem aliquam suam, aut jus suum aufe-

[1]) Hinc Lysander, Ubi non sufficit Leonina pellis ad suendam vulpinam, Plut. *in I. Acon. Apophr. f. m.* 181. *et f.* 207. Conrad. Lycost. *Apopth. Tit. de dolo.* Et Machiav. *in Princip. C.* 18. Principi tum leonis, tum vulpis mores adsumendos, vid. Innoc. Gentilet. vel quisquis auctor Antimachiav. *Lib.* 3. *Theorem.* 12.

auferunt. Veluti, si animal a domino promissum alius occiderit; quo facto creditori actio sua et ignoranti et invito amittitur. *L. arbitrio*, §. *ult. D. de dol.* Aut si quis tabulas testamenti post mortem testatoris deleverit, aut aliter corruperit, ex quo et heres hereditatis, et legatarii inviti legatorum damnum patiantur. [2] *L. si quis tabulas*, *D. eod.* cujusmodi et alia pleraque, de quibus amplius in generibus doli explicandis mox diceturi.

VI. Sed facta quibus quid detrahitur alteri, innumera: in quibus etiam sunt ea maleficia, de quibus diximus. Propria hujus edicti restitutio est eorum dumtaxat, quæ facta sunt dolo malo, non omnium illa quidem, ut sequentes conditiones edicti declarant: sed tamen non aliorum, quam quæ dolo malo facta sunt. Sit igitur proxima hæc conditio edicti, sit quod factum est, quo quid detraheretur alteri, factum sit [3] dolo malo. Proinde quisquis hac actione uti volet, dicere debet dolo malo quid factum esse, ut verba edicti ostendunt. *d. L.* 1. *D. eod.* Et quoniam dicit, etiam probare debet juxta regulam juris, quæ efficit ei incumbere probationem qui dicit, non ei qui negat. *L.* 2. *D. de prob.* Quinimmo exstat de hac ipsa specie definitio propria in *L. quoties*, §. *qui dolo*, *D. de prob.* in hæc verba: *qui dolo dicit factum aliquid*, *licet in exceptione*, *docere dolum admissum debet.* Sed nec ad eam rem quævis probatio sufficit. Quoniam enim agitur hic de non levi crimine, ut est in *L. item*, *D. de dolo.* Unde et actio famosa est; *L.* 1. §. *ait*, *D. eod.* sed et exceptio doli re ipsa et opinione hominum non effugit infamiæ notam: *L. licet*, juncta *L.* 2. *D. de obs. parentib. et patron. præst.* ideo placet in utroque genere dolum ex perspicuis indiciis, vel ut alias legitur, ex perspicuis insidiis probari convenire. [4] *L. dolum*, *C. eod.* Quare pertinet ad omnem hanc quæstionem de dolo recte initio constitui, quid sit dolus, et quibus rebus is admittatur. Sic enim habebimus quod possimus dolo factum dicere, et cum dixerimus, probare. Neque vero horum alterutrum aliter recte probare possumus.

VII. Vetus est definitio doli nata primum a Gallo Aquilio, post deinde magno consensu omnium juris auctorum uno excepto Labeone recepta, quæ refertur in *L.* 1. §. 1. *D. de dolo*, et *L. juris gentium*, §. *ult. D. de pact.* Ut sit dolus, *cum aliud simulatur*, *et aliud agi-*

2) Ubi actio de dolo *d. L.* 35. scilicet si ante aditam hereditatem corrupit. Legis autem Aquiliæ itemque depositi et ad exibendum actionis *L.* 42. *ad L. Aq.* si scilicet corrupit post aditam hereditatem. Nam si ante aditionem nondum dominus factus heres, non potest habere actionem L. Aquil. sed nec ad exibendum, nec depositi, quia ipse heres non deposuit, Bus. 2. *Subtil.* 17. Pac. 2. *Q.* 87. Ant. Fab. ad *d. L.* 35.

3) Est enim alius dolus bonus, qui solertia et industria appellatur *d. L.* 1. §. 3. Tendens vel ad fraudem malasque artes repellendas. Uti enim vis vi opposita juste arcetur: ita fraus est concessa repellere fraudem, Ovid. 2. *de Art. L.* 77. §. 31. *de Leg.* 1. Tiraq. *de Retr. lignag. in Præfat. n.* 70. *et* 2. *seqq.* Et ut malus injustitiæ satelles, ita bonus prudentiæ comes, justitiam sequitur. Joan. Boter. *Lib.* 2. *de Politia Illustrium C.* 6. *pag.* 242. Warem. de Erenb. *Meditam. pro fœder. Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 69. sicuti et vis justa rationis et juris ministra, illius imperiis morem gerens, Antimachiav. *Lib.* 3. *Theorem.* 12. Hinc licitum tradunt fraudare vectigalia injusta et illicita, Dec. *Tr. crimin. Lib.* 1. *C.* 5. *n.* 15. fallere custodes carceris, cui injuste quis mancipatus *ibid. n.* 16. fallaciter ex hostium potestate evadere *L.* 26. *de capt. et postl.* Hotom. 4. *Obs.* 4. Vel ad sua tutandum, damnumve evitandum, exemplum *L.* 19. §. 3. *de neg. gest.* Hinc in justa caussa cavillationibus et fraudibus uti licere volunt, de quo forte notabo *infra Lib.* 18. *C.* 4. Vel ad alium a malo revocandum, sic Paul. 2. *Corint.* 12. vers. 16. *Ego vos non gravavi*, *sed cum essem astutus*, *dolo vos cepi.* P. Greg. 21. *Synt.* 13. *n.* 2. Decian. *d. Lib.* 1. *C.* 4. *n.* 13. aut salutem illius procurandum, qui prodest ei ipsi qui decipitur, ut si medicus imponat ægroto. Muret. 18. *Var. lect.* 4. Hinc quidam doli boni speciem tradunt, si quis se Turcam simulet, ut fidem eorum addiscat, quam postea oppugnet, quod reprobat Zas. ad *L.* 9. *Sol. matrim. n.* 8. Vel ad hostem circumveniendum, quem astu insidiis et stratagematis fallere non postrema laus est, modo, sub ea specie, fides data non fallatur, aut belli jura violentur, Hot. *Ill. Q.* 7. Vaud. 1. *Q.* 51. Muret. *d. C.* 4. Antimachiav. *d. Lib.* 3. *Theorem.* 12. Waremund. de Erenb. *d. Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 60. *et n.* 69. Elias Reusner. *Lib.* 2. *Art. Stratagemat. Cap.* 5. Fide enim rupta nihil Principi aut Reipublicæ indignius, Fr. Guicciardin. *Lib.* 1. *Historiæ* maxime si jurejurando firmata: vid. *Epist.* Leodiens. adv. Paschalem Papam *in Synt. Tr. de Jurisd. imp. f.* 67. *et seqq.* Tametsi vafro commento pacta claudantur, et perfidiæ velamentum quæratur. Sicuti Thraces pactis aliquot dierum induciis noctu excursiones agebant, Strabo *Lib.* 9. *Georg. p. m.* 796. unde Prov. *Θράκεια παρεύρεσις.* Eras. Chil. 1. *Cent.* 10. *Adag.* 28. Coras. ad *L.* 29. *dell. n.* 3. Et Romani, cum ex conditionibus icti fœderis dimidium navium Antiocho relinquendum decrevissent, naves dissecarunt, dimidiumque incenderunt, altero relicto. Liv. *Lib.* 48. Et Locrenses qui Siculis fidem securitatis dederunt, donec ipsi terram illam pedibus premerent, et capita super humeros ferrent. Injecerant autem soleis calceorum terræ pugillos, et capita allii sub tunicis clam occultaverant. Illa excussa, his projectis Siculos deinde omnes necarunt, ut ex Polyb. refert Paul. Leopard. 5. *Emend.* 4. et Beust. sed imperfecte et non integro sensu, ad *Rub. de Jurei. initio.* Sic Solymanus Turcarum princeps Ibraymo (seu Abrahamo) Bassæ, cum summum gratiæ locum teneret, jurisjurandi religione interposita caverat, se nunquam illi vivo vitam erepturum. Odio deinde suscepto (ut fragilis res est Principum gratia, vid. Mich. Hospital. *Lib.* 2. *Epist.* 2. Georg. Cigler. *de Incertitud. rer. human. C.* 9.) dormitantem cultro adunco jugulari præcepit, perjurium se evitaturum vanissime persuasus a sacerdote, dormientem non censeri inter vivos adseverante, quia una vigilia totius vitæ actus constet. P. Jov. *Lib.* 33. *Hist. sub. fin.* In his et similibus etsi astus potius in fide danda adhiberi, quam data violari videatur, verissima tamen perfidiæ species. Alius est dolus re ipsa contingens absque fraudulenta machinatione et citra simulationem, quem negocialem vocat Jac. Gurre. ad *L.* 2. *de resc. vend. pag.* 88. *et seqq.* quo contrahentibus se circumscribere concessum est, *L.* 16. §. *pen. de minor. L.* 22. §. *ult. Locati* naturaliter *dd. locis*, id est ex natura contractus *ἐμπορικῶς* negociative ut est in *Novell.* 97. *Cap.* 1. Cujac. ad *d. L.* 16. Vult. ad *pr. I. de controv. n.* 2. Forner. 6. *Rer. quotid.* 20. propter substantiam contractus et votum contrahentium. P. Fab. ad *L.* 206. *de R. J. p.* 786. per naturales regulas contractus. Castillo *Controv. quotid.* 8. *n.* 14. vel re ipsa ac facto citra personalem circumscriptionem, ut Ant. Fab. 8. *Conject.* 5. Qui tamen dolus bonus minus recte statuitur a Rob. 5. *Sent.* 12. et fere P. Greg. 21. *Synt.* 13. *n.* 2. Sed nec doli mali species, ut Zas. in *Par. D. de dolo.* Verum vocatur ita ob similitudinem, vere non est. Decian. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 11. et cum dolo vero, bono malove, convenit genere non synonymo, sed homonymo. Sane invaluit in malis potissime dolum usurpari. Quare vocula doli sine adjecto posita intelligitur malus, ut passim *h. t.* Delr. ad *L.* 23. *de R.* 1. *Cap.* 1.

4) Cujac. *Cens.* 48. qui et ad *Rub. D. h. t. et* 11. *Obs.* 11. pro *judiciis* in *d. L.* 6. reponit *insidiis*, rationibus, ait, liquidis, cum tamen hoc vel illo modo legas parum vel nihil quoad sensum referat: quoad malum vero exemplum et pervertendi libidinem utique. Nam simulatio, cum in animo consistat, nec (uti vis altera improbitatis species) in oculos incurrat, non aliter nisi indiciis apertioribus deprehendi potest, cum scilicet nec in aliam partem interpretari is, qui arguitur potest. Decian. *Tr. Crim. Lib.* 1. *C.* 4. *n.* 6. Menoch. 5. *Præsumpt.* 3. *n.* 44. Sebast. Medic. *de Casib. fort. P.* 1. *Q.* 10. *n.* 18. Quo ipso verus dolus a præsumpto distat, quod hujus conjecturæ existant non ita vehementes, ut omnem in aliam partem interpretationem penitus excludant. Decian *d. loc.*

agitur alterius decipiendi fraudandive caussa. Quam si explicare placet paulo pluribus, ut sit plenior et dilucidior definitio, hæc est sententia: dolum esse omne dictum aut factum, quo simulatur aliud quam consilium nocendi, at re vera hoc ipsum agitur, ut alter decipiatur, fraudeturve, id est ut ei occulte et per istam simulationem quid detrahatur. Definitio et recta, et ad explicandum id de quo quæritur, nimirum quid sit dolus, et qua in re eum poni oporteat, convenientissima. Labeo quidem hanc reprehendit, cujus sententia refertur in *d. L.* 1. §. 1. *de dol.* quod diceret et dolum sine simulatione admitti posse, et simulationem esse posse sine dolo malo. Sed neque prius verum est, et posterius admissum definitioni superiori nihil adversatur. De qua tamen reprehensione postea. Nunc autem hoc statuamus non aliter dolum admitti, quam simulatione, ubi aliud simulatur, et aliud agitur alterius fraudandi, sive detrahendi caussa. Id vero quia ita certo statui potest, si cognoverimus, quibus rebus dolus admittatur, seu quæ doli admittendi velut species sint, animadverterimusque in singulis hanc simulationem et definitionem inesse. Age, utraque de caussa hanc divisionem, ut est propositum, subjiciamus, tum ut his rebus cognitis in quibus dolus inest, sciamus etiam quibus rebus ostendatur et arguatur dolus: tum ut sit ab initio definitio superior, quam expedit notam esse, recte constituta.

VIII. Fraudationis et doli ex iis rebus quæ alii detrahuntur, species duæ [5] sunt. Quidquid enim dolo malo detrahitur alteri, id aut aufertur et tanquam excutitur domino ignoranti, aut exprimitur ab illo quidem et volente, sed, ut vellet, decepto. Quodcumque factum est quo alii jus suum adimitur ignoranti, id tale esse reperietur, ut in eo fiat aliquid principaliter, quod et ipsum simulatur: cæterum per consequentiam hunc habeat exitum, ut alii jus in ea re suum adimat. Ad hoc genus illa facta pertinent, quæ variis locis leguntur sub hoc titulo; Si proprietarius occiderit animal usuarium, aut insulam fructuariam incenderit. *L. et eleganter*, *L. si servum*, *L. arbitrio*, §. *si dominus*, *D. de dol.* Ubi scilicet factum primo continet interitum rei, et quidem propriæ. Sed ex interitu sequitur amissio alieni ususfructus. *L.* 2. *D. de usuf. L. repeti*, §. *rei*, *D. quib. mod. us. amitt.* Si heres servum legatum occiderit ante aditam hereditatem: ubi ex interitu etiam amissio legati consequatur. *d. L. et eleganter*, §. *si servum*, *D. de dol.* Si animal quod dominus promiserat, alius occiderit. *L. arbitrio*, §. *ult. eod.* ubi videlicet eum interitum qui sine culpa debitoris contigit, sequitur liberatio debitoris, et una creditoris fraudatio eo facto actionem amittentis. *L. si ex legati*, *D. de verb. obl.* Si quis tabulas testamenti deleverit: ubi ex interitu tabularum, qui principaliter in hoc facto versatur, sequitur, ut neque heres institutus inde adire hereditatem possit incertus de jure suo; neque legatarii inde legata petere, quæ ex testamento jam probare non possunt. *L. si quis tabulas*, *D. eod.* Si quis servum alienum compeditum solverit In quo inest principaliter servi liberatio, sed ea quæ fugam aperiat servo, ex fuga domino rem suam auferat. *d. L. et eleganter*, §. *si servum.* Si quis quadrupedem alienum irritarit consulto, ut alii damnum daret. *Ibidem.* Si quis familiæ alienæ persuaserit, ut de possessione rei decederet: ubi ex discessu dominus aliquarum rerum quæ ibi erant, damnum fecerit. *L. cum quis*, *eod.* Si quis fecerit quominus præsente adversario secundum libertatem pronuntiaretur: ubi principaliter fertur sententia, et libertati consulitur: sed quorum utrumque per consequentiam servum suum domino auferat, quia semel pro libertate dictam sententiam retractare non licet. *L. si dolo*, *eod.* Si procurator passus sit adversarium meum vincere, ut absolveretur, atque ita lis mihi pereat. *L. et eleganter*, §. *pen. eod.* Tale est etiam factum debitoris, qui quid alienavit in fraudem creditorum: aut liberti, qui quid alienavit in fraudem patroni: etsi hæc facta vindicantur aliis actionibus, de quibus postea. Atque in his omnibus factis et similibus, licet animadvertere ab eo qui per hujusmodi facta velit nocere alii,

5) Fraudis nomen quidam generalius esse et latius patere quam doli, Tiraq. *de Retr, lignag.* §. 26. *Gl.* 1. *n.* 36. Gœd. ad *L.* 131. *pr. de V. S, n.* 5, *et seqq.* putans *fraudis* verbo significari omne delictum, dictum factumque culpabile. Alii fraudem doli speciem faciunt per *L.* 7. §. 10. *in fin. de pact.* ubi inesse vulgo dicunt ut species generi. Sic Rob. 3, *not. ad Merc.* 3. fraudem omnem in se dolum habere, non omnem dolum fraudem esse. Et Decian. *Tr. crim. Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 11. fraudem proprie dici, quæ ad effectum deducta, damnum illatum respicit *L.* 10, §. 1. *Quæ in fr. cred.* dolum autem etiam nudum fraudandi animum, quem effectus destituit. Contra Gœddeus fraudem et ex solo eventu appellari sine animo lædendi *L.* 79. *de R. I.* §. 3. *I. Quib. ex caus. man. non. lic.* Quanquam ex *d. L.* 79. magis probare videtur ad fraudem constituendam eventum et consilium conjunctim exigi. Id enim tametsi verba aliam quoque interpretationem ferre daretur, quod tamen vocula *semper*, vix admittit, juri convenientius. Neque enim eventus fraudis sine consilio, neque consilium sine eventu coercetur *d.* §. 3. *I. d. t. d. L.* 10. §. 1. *et passim. Quæ in fr. cred. L.* 4. §. 19. *de fid. L.* Et non de acceptione *fraudis* seu voculæ significatione, sed de interpretatione seu juris effectu regula *d. L.* 79. loquitur. Utut sit, nominibus his fere promiscue veteres usi *L.* 7. §. 1. *de susp. tut. L.* 32. *Depos. L.* 6. §. *pen. si quis om. cd. test. et simil.* Decian. *d. C.* 5. *n.* 12. Menoch. 5. *Præsum.* 3. *n.* 4.

alii, illa ipsa quæ principaliter fiunt, præmittere, eorumque consilium simulare: re vera autem aliud agere, nempe hoc ipsum, quod ex prioribus illis sequitur, ut alteri detrahatur.

IX. Quibus autem factis aliquid a domino ipso exprimitur, quod ei facto suo pereat: ea sunt in eo, ut quis per hæc inducatur in errorem, quo errore deceptus velit aut faciat aliquid adversus utilitatem suam, quod sine errore facturus non esset. Hic error objicitur decepto duobus modis: aut verbis mendacibus, aut facto arte ad eam rem composito. In verbis fallacia est, in facto ea quæ dicitur machinatio, quæ duo posuit Labeo in sua definitione. *L.* 1. §. 1. *D. de dol.* Fallacia, inquit Varro *Lib.* 1. *de lingua latina*, a fando dicta est, quod fando quem decipit, ac contra quam dicit facit. Itaque, inquit, si quis re fallit, in hoc non proprio nomine fallacia dicitur, sed translatione, ut a pede nostro pes lecti, aut pes betæ. Nos videamus, ne fallere, unde fallacia, sit quasi dicas fando elicere: puta in locum aliquem, ubi falsum capias. Machinatio dicta a machina. Est autem machina latinis instrumentum omne, quo ad majora onera arte impellenda tollendaque utimur. Hinc machinari pro arte moliri aliquid et efficere, quod arte non adhibita non potuissemus. Per translationem autem dicti machinari, qui rem aliquam arte instruerent ad aliquem permovendum trahendumque, quo vellent. Factum ipsum machinatio appositissime. Qui enim si aperte peterentur, moveri non possent: hi errore injecto tanquam machina ad voluntatem movendam adhibita impelluntur. Sint ergo ut proposui, hujus generis doli, qui in errore alteri objiciendo versatur, species duæ, fallacia, et machinatio: illa in verbis, hæc in re et facto. Fallacia est, cum mentientes de re et persona aliqua falsum persuademus alteri, qua persuasione ille inductus id faciat quod nocet. Cujus generis exempla hæc sub hoc titulo legimus: Mentiri de facultatibus debitoris futuri, ut ei pecuniam credas. *L. et eleganter*, §. *ult. D. de dolo.* Adfirmare hereditatem esse minimam, ut eam ab herede minoris emas. *L. si quis adfirmavit*, in pr. *D. eod.* Adfirmare heredi hereditatem esse solvendo, ut solita legata præstet. *L. si legatarius*, *D. eod.* Persuadere creditori te nihil debere, ut vel te liberet, vel judicio patiatur te absolvi. *L. servus*, §. *ult. L. cum a te*, *D. eod.* Mentiri hereditatem esse idoneam, ut heres hereditatem adiret, et se implicaret oneribus hereditariis. Adfirmare hereditatem non esse solvendo, ut heres eam repudiet. Adfirmare legatario rem non esse meliorem in hereditate, ut eam optet, cæterarum electionem omittat. *d. L. si quis adfirmavit.* Hanc vero in simulatione verborum positam esse apparet, cum mentiendo simulamus nos bonum consilium alicui velle dare, et re id agimus, ut fraudulento consilio ab illo aliquid auferamus.

X. Machinatio, ut dixi, in re et facto est, cum pro verbis adhibemus factum ad alium inducendum in falsam opinionem rei alicujus, qua is falsus faciat, quod nisi errore falsus esset non faceret. Hujusmodi facta sunt hæc, quorum pleraque sub hoc titulo licet observare. Ad exprimendam alicui rei suæ alienationem hæc: Permittere alicui saxum e fundo tuo cædere, cretam vel arenam fodere, et cum sumptum in eam rem fecerit, non pati eum tollere. Sic enim falsa spe ista auferendi illicis eum ad sumptus in eam rem faciendos, cum id agas, ut his factis una cum re tua quam retines, etiam illa opera et sumptibus fruare. *L. si cum mihi*, *D. de dolo.* Fundum alienum scientem alii donare tanquam suum, si is qui accepit, hac opinione ductus fundum colat pro suo, cumque magnos sumptus in eum fecisset, sic deinde fundus evincatur, unde et ex hac caussa placet eum qui accepisset, habere eo nomine adversus donatorem actionem de dolo. *L. Aristo*, §. *ult. D. de don.* Commodare falsa pondera, ut venditor emptori his merces appenderet, atque ita paucioribus mercibus acceptis plus numeraret, quam conveniebat. *L. arbitrio*, §. *de eo*, *D. de dol.* Tale etiam fuit factum illud Pythii argentarii adversus Cannium equitem Romanum, quod elegantissime describitur a Cicerone *lib.* 3. *Offic.* quanquam et in eo fallacia fuit: cum adhibita fuerit vanitas orationis. Ad liberationem a creditore exprimendam hujusmodi machinatio est, quæ refertur in *L. quidem*, *D. de dolo*, si debitor curet falsas literas ad creditorem suum mitti tanquam scriptas a Titio amico creditoris, quibus Titius significet se aut debitori illi tantumdem debere, aut ad eam summam se illi donare aut aliter gratificari velle; ideo petat, ut velit eum liberare: se illam summam ei debiturum: creditor autem hac epistola persuasus debitorem acceptilatione liberet. Ut autem quis ablatam aliquam utilitatem omittat, hujusmodi machinationes esse solent: filio exheredato supprimere testamenti tabulas, quo fiat ut ne filius interim de inofficioso testamento queri posset, atque ita non præpara-

ta querela decedat. *L. si quis adfirmavit*, §. 1. *D. de dolo.* Suppressis enim tabulis fit, ut nihil aliud putet filius, quam se patri ab intestato heredem: inofficiosi autem querelam ideo omittat, quia ignoret se exheredatum, ut qui etiam testamentum esse nesciat. Quod si ita decedat, quia non præparata querela decedit, evenit, ut ea non transmittatur ad heredes. *L. Papinianus*, §. *ult. D. de inoff. test.* Ita prolatis postea tabulis testamenti locus fit institutis heredibus, ubi jam testamento nihil sit, quo id rescindatur. Domino rem vendituro judicium intendere, ut res apud sequestrum deposita tandiu apud eum sit, donec de re judicetur ac deinde judicium non accipere, quo res perpetuo sit apud eum, ac sic vendi non possit. *L. si quis adfirmavit*, §. *Labeo*, *D. de dolo.* Rei venalis litem movere domino, ne quis emptor ad eam emendam interim accedat, et postquam vendendi opportunitas perempta est, desistere. *L. rei*, *D. eod.* Domino rem suam ab eo qui vere possidebat vindicaturo interpellandæ usucapionis caussa te offerre de ea re quam non possidebas: ut sic omisso vero possessore usucapio ei tempore legitimo impleatur. Quem dolum ita vindicari placet, ut quanvis in eo judicio perseveraris ad extremum, atque adeo sis absolutus, tamen ob rem domino usucapione amissam domino de dolo tenearis. *L. ult. D. eod.* Injecta litigatori aliqua remora ne in tempore judicio adesse possit, efficere, ut lis temporibus legitimis transactis ei pereat. *L. arbitrio*, §. *pen. eod.* In quibus omnibus perspicuum est non minus quam in superioribus generibus simulationem versari, qua tegatur consilium nocendi, cum maxime eo intendatur machina, ut noceatur.

XI. Quæ si vere dicuntur, ut certe res ostendit vere dici, est quod de his quæ dolo facta erunt, recte in summa ita [6] definiamus: Si quis consulto principaliter aliquid facit, quo per consequentiam alii rem aut jus suum perimat. Si quis non perimit quidem ipse, sed dominus: verum tamen domino perimendi callide caussam adfert, dum ei facto aliquo arte instructo errorem objicit, quo ille deceptus aut quid alienet de suo, aut debitorem suum liberet, aut obligationi alicui se subjiciat, aut hereditatem, optionem, opportunitatemve rei suæ bene gerendæ vel conservandæ omittat: hæc demum sunt ea, quæ continentur verbis hujus edicti, quæ scilicet dolo malo facta esse dicenda sunt. Hæc, inquam, quibus dolus admittitur in universum: quorum uno aliquo objecto dolus objicitur: probato, dolus probatur. Id quod in superioribus verbis edicti ad caussam hujus actionis quærimus.

XII. Quibus generibus cognitis, jam puto, constare potest, quod de definitione doli supra posueram, quam vera sit et ad rem explicandam accommodata definitio illa veterum, ut sit dolus, cum aliud simulatur et aliud agitur alterius decipiendi fraudandive caussa. De qua satis esse poterant ea quæ supra diximus, nisi nos Labeonis reprehensio in hac re impediret, qui cum dolum dicat amitti posse sine simulatione, neque id mutet Ulpianus in *d. L.* 1. §. 1. *de dol.* dubium nobis facit, non tam illud an falsa sit superior definitio, quam utrum in divisione superiore omiserimus aliqua facta, quibus admittitur dolus: et breviter an sint ulla facta, in quibus aperte et sine simulatione dolus inferatur, ut si sunt, quæramus deinceps quænam ea sint. Quæ ne nos dubitatio fatiget in posterum, dicam paucis, quid de tota ea reprehensione Labeonis, deque ejus definitione, atque universa definitione doli statuendum videatur. Reprehendit ergo, ut dixi, Labeo definitionem illam veterum propter illa verba: *cum aliud agitur, et aliud simulatur.* An quod Servus non [7] adjecit illa verba: *alterius decipiendi caussa?* minime. Non enim tantum ea relata sunt in *d. L.* 1. et attributa Servio: sed etiam relata et attributa a Triboniano fideliter, ut ex reprehensione ipsa Labeonis apparet, qui ait et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, ut est in *d. L.* 1. §. 1. Quæ verba hoc significant dixisse quidem Servium; dolum esse, cum id agitur ut quis circumveniatur, et hoc recte: at illud non recte: quod dixit id ita fieri, cum aliud simulatur et aliud agitur: et vitiosum et definitioni doli minime omnino conveniens. Reprehensionis summa hæc est, ducta ex lege perpetua rectæ definitionis: Omnis vitiosa est definitio, quæ cum rem explicans propria definiti esse debeat, minus aut plus continet, quam defini-

6) Eximie in his artem suam ostendit Donellus noster. Ita hæc et apte ac concinne cohærent, et meo judicio, dextre ac commode expedita, ut præ illis aliorum tradita, nimium quantum distantia, merito quis fastidiat.

7) Ut Hotom. 1. *Obs.* 20. *et* 4. *Obs.* 4. quem et perstringit Ræv. ad *L.* 23. *de R. I.* Nisi enim verba hæc adjecta, inquit, negligentiæ insimulandus Ulpianus quod Servio adscriberet definitionem eam, cujus omnes norant auctorem esse Aquilium. Quæ tamen ratio tanti non videtur.

finitum. At ex superiore adjectione non uno aliquo vitio ex his laborat Servii definitio, sed utroque: Vitiosa igitur, minimeque naturæ doli explicandæ conveniens. Primum hac parte minus est in definitione, quam in dolo qui definitur, quod dolus, inquit, sine simulatione esse potest, etiam si maxime id agatur, ut quis circumveniatur. Definitio autem vocat simulationem, et hanc solum exprimit. Rursum hac parte definitio plus continet, quod ea complectitur omnem simulationem, qua unum agitur, et aliud simulatur. At potest, inquit, aliud agi et aliud simulari, ut non sit dolus malus, quem nunc definiri volumus: sicuti faciunt, inquit, qui per ejusmodi dissimulationem servant et tuentur vel sua vel aliena. De qua reprehensione sic habendum puto. Quod ait posse aliud agi et aliud simulari sine dolo malo, [8] verissimum est: sed nihil adversus definitionem superiorem, in qua adjiciunt veteres [9] alterius decipiendi caussa. Quæ adjectio ad dolum malum dumtaxat pertinet. Exstat autem hæc adjectio non solum in *L.* 1. *de dol.* sed etiam in *L. juris gentium*, §. *dolo*, *D. de pat.* Et quanquam sine hac adjectione refertur definitio Galli Aquilii a Cicerone *lib.* 3. *Offic.* tamen certum est idem et Aquilium sensisse. Non enim dubium est, quin consultus fuerit Gallus Aquilius de his factis, in quibus quis alteri quid detrahit dolo malo, in quibus hoc quærebatur quidnam hoc esset dolo malo, et quibus ex rebus argueretur is dolus. Hic vero simpliciter recte respondetur, dolum in hujusmodi quæstionibus id esse, cum aliud simulatur et aliud agitur. Hic enim statim subjicitur animo ex his quæ proposita sunt, cum aliud agitur alteri detrahendi caussa; de quo quæsitum erat.

XIII. Quod autem ait Labeo dolum admitti posse et sine simulatione, neque hoc Labeoni concederent veteres illi, neque adeo concedendum est. Et si dicendum est aperte, verum non est. Idque ex iis quæ supra diximus liquido [10] demonstratur. Nam si non pluribus modis dolus admittitur, quam iis quos supra posuimus: omnes autem id habent, ut aliud simuletur, dum tegitur alii nocendi consilium, re vera autem id agitur, ut per hanc simulationem noceatur: conficitur omnem dolum simulationem habere, quam quærimus. Neque vero id aliunde certius probare liceat, quam ex definitione ipsa Labeonis, quæ refertur in *d. L.* 1. §. 1. *de dolo.* Ille enim dolum definit, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad alium decipiendum adhibitam. Atqui calliditas genus est, in quo nihil inesse possit nisi ejus generis species. Sunt autem calliditatis species illæ duæ, quas subjicit, fallacia et machinatio: illa in verbis calliditas: hæc in re et facto, ut ante diximus; sive hæc recta domino rem suam aufert; sive oblique ab illo exprimit. Constitit autem prius, sive mendacio, sive facto aliquo arte instructo ad imponendum quis decipitur, omne id dictum factumve simulationem habere. Quare vel ex definitione Labeonis nihil aliud sit dolus, quam cum aliud simulatur, et aliud agitur alterius decipiendi caussa. Nam quæ ab illo subjiciuntur in definitione, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita: plura quidem verba sunt, sed unum et idem significantia; illud nimirum quod in superiore definitione dictum est alterius decipiendi caussa. Solum in his translatio animadvertenda est, quæ ab aliis rebus ducta varie si intelligitur, significationem ostendet. Est autem circumvenire incautum et velut undique circumsessum ne effugiat, ex insidiis capere. Metaphora ducta ab hostibus, qui quos hostes facilius capere et opprimere volunt, eos scilicet circumveniunt, id est, undique circumsistunt, ut ne qua evadant, sed ab omni parte interclusi teneantur. Vel a venatoribus, qui ad feras bestias, quas persequuntur, capiendas eadem arte utuntur. Cic. *Lib.* 1. *Quæst. Tuscul. Quanta delectatione autem afficeret, cum Palamedem, cum Ajacem, cum alios iniquorum judicio circumventos convenirem?* Fallere quid sit, supra diximus. Decipere est fallere et fraudare quovis modo. Ita dictum ut sit quasi de loco capere. Metaphora ducta a feris be-

8) Nec simulatio et dissimulatio omnis reprehendenda. Nam ut dolus bonus esse potest ita et simulatio. Cumprimisque dissimulatio in gubernatione necessaria. Unde vulgatum illud: *Qui nescit dissimulare, nescit regnare*, quod in Symbolo habuit Sigismundus Imp. Jac. Typot. *in Symbol. imb. Hierographia* 9. et hoc unicum Ludovicus XI. Francorum Rex. Carolum filium Latine scire voluit. Durus de Pasculo *in Aulico politico Axio.* 204. Quin et vitia sua dissimulare licere, cum impudentis sit ea in vulgus efferre atque ostentare et admissa scelera divulgare scribit Thomas Bozius Eugubin. *de Imperio virtutis, in Procem.*

9) Accedit quod cum dolus malus definiatur; verba, *aliud simulatur*, de mala simulatione ex subjecta materia accipienda, ac si dixisset, cum malitia aliud simulatur, Hotom. 4. *Obs.* 4. et Decian. *L.* 1. *Tr. cr. C.* 4. *n.* 6. alias, ait, eodem vitio laborabit Labeonis descriptio, quia et circumveniri quis, ac falli, potest sine dolo malo.

10) Omnino. Et probat Decian. *d. C.* 4. *n.* 7. Qui enim falli quis poterit sine simulatione, cum ea sola induci possit ut sub specie boni se decipi patiatur. Nec vel cogitatione assequi licet quæ sint illæ artes innumeræ, quibus citra fallaciam et simulationem dolus, de quo hic tractatur, fiat ceu putat Cujac. *ad hoc tit. D.* qui vult ob hæc tantum verba *cum aliud simulatur, aliud agitur*, definitionem Servi Labeoni displicuisse. Quæ et redundare nec ad substantiam definitionis pertinere male sentiunt Ræv. *infra N.* 14. et Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Cap.* 1.

bestiis quas e latibulis excitamus in planitiem, ut eductæ et opportunæ insidiis nostris factæ capiantur. Sed ut dixi, omnium significatio una est, etsi ab aliis atque aliis rebus ducta sint; nec aliud exprimunt, quam illud unum, alterius decipiendi caussa, quod est in priore definitione. Ita fit; ut verbis dissidens Labeo, imprudenter in eandem sententiam definitione sua incurrat, confirmetque maxime nihil aliud dolum esse, quam cum alterius decipiendi caussa aliud simulatur et aliud agitur.

XIV. Non caret tamen sententia Labeonis non tantum probabili sed etiam speciosa defensione, quæ et fallit multos, quibus ideo illa reprehensio placet, et potest etiam acutissimos nisi attendant, tenere. Nam quæcunque vi fiant data opera ad aliis nocendum, eadem et dolo malo fieri dicuntur. Vis aperta simulationem non habet. Quare verum est, quod dicit Labeo, etiam sine simulatione dolum admitti posse. Ac ne dubitetur ita esse, exemplo sunt hæc, extorsio, rapina, cædes. Si quis per vim et metum extorquet aliquid ab alio, is dicitur etiam de dolo actione teneri. *L. item, §. pen. D. quod met. cau.* Non est adversus eum actio de dolo, nisi dolum admittat. Est igitur et in hac vi dolus; ac proinde dolus sine simulatione. Item de rapina ita est edictum prætoris, ut non sit actio ex eo edicto, nisi adversus eum, qui rapuit dolo malo. *L. 2. D. vi bon. raptor.* Constat autem raptus vi aperta, per quam quid alii invito eripitur. Similiter lex Cornelia de sicariis, et veneficis non solum lata est adversus eos quorum dolo factum est, quo quis occideretur: sed maxime adversus eos qui ipsi occiderunt, et præcipue si aperta vi occiderunt; qui tamen dicuntur occidisse dolo malo, nec alii tenentur ea lege, quam qui dolo malo cædem admiserunt. *L. 1. L. in lege, D. ad leg. Cornel. de sic.* Multaque ejusmodi proferri possunt consulto et aperte facta cum in damnis privatis inferendis, tum in contractibus, quæ tamen dolo malo fieri dicantur. De quibus breviter respondebo ita, ut quod de tribus illis propositis dixero, ad omnem vim reliquam pertinere intelligatur. Ita est: in metu, in rapina, in cæde violenta, vis aperta est: sed non ideo hæc vis dolus est. Ita in his factis vis inest, ut tamen insit simulatio præcedens vel adjuncta, qua ad eam vim pervenitur. Qua parte vis aut aggressio aperta est, ne quis dixerit esse dolum. Scimus enim omnium auctorum, et naturæ adeo consensu vim toto genere distingui a dolo. Verissimumque est illud Ciceronis, vim leonis esse, fraudem vulpeculæ: quia scilicet leo aperte agit, vulpecula occulte, et ex insidiis. At quatenus simulatio vel præcedit, vel adjuncta est, eatenus demum dolus est: ut sit dolus cum vi [11] conjunctus. Neque vero in his factis superioribus et similibus ulla vis est, quæ simulationem istam non habeat. Qui vim et metum facit, ut aliquid extorqueat, simulat se velle alicui mortem inferre aut cruciatum corporis, cum re vera longe aliud agat. Huc enim spectat solum, ut aliquid per hunc metum auferat. Hæc vero simulatio, in qua juxta definitionem aliud simulatur, et aliud agitur, dolus est. Præterea qui ita vim infert, simulat se velle rem quam accepit, obtinere domini consensu, et eo vim adhibet, ut co-

11) Sæpe quidem ita est ut et docet Decian. *d. 4. n. 5.* Nam et fures ac prædones omni astu et captata occasione noctis, loci, personarum, etc. scelus suum tegere conantur, et quod præmeditati sunt scelus, quovis studio ne perficere impediantur occultant. Non tamen hoc perpetuum, nec semper dolus, aut simulatio vim præcedit cive adjuncta. Quin sæpe quoque aperte infertur, quod et agnoscit Decian. *d. n.* 5. et experientia comprobat, probatuque facile videtur. Et valde placet quod Decian. *ibid. n.* 5. alio sensu dolum malum accipi in *d. L.* 2. §. 8. *vi bon. rapt.* (adde et *in d. L. 7. de sicar. et simili.*) videlicet pro certa animi destinatione et delinquendi proposito quam Græci Proæresin vocant. Et sic plerunque sumitur cum ut qualitas delicti consideratur, Decian. *ibid. n.* 8. *et* 9. Sicuti cum dicitur neminem sine dolo capite plectendum. Hic vis doli nomine continetur, nec hoc sensu adjuncta est, eamve præcedit dolus, sed ipsa vis dolus est. Nam cum raptor ob dolum tripli pœna coercetur; violentus invasor dominio rei privatur, homicida supplicio afficitur: hic in pœna ad ipsum rapiendi factum, invasionem et occisionem respicitur, potius, quam ad simulationes, astus, et insidias, etsi quæ forte præcesserunt. Paucis: Doli acceptio vel generalis pro quavis malitia, improbitate seu volontariæ injuriæ modo. Sic vis dolus est, et vim faciens dolo facit *d. L.* 2. §. 8. Vel specialis, pro altero injuriæ modo; quæ occulte et astute per simulationem fit, quæ hujus loci et ad quam solam definitio spectat. Sic vis dolo non inest, sed ei opponitur usu tum jurisprudentum, tum aliorum auctorum. Sed nec hunc dolum semper comitem, aut præambulum habet vis. Quod prob. (1) *L. 3. in fin. Ne quis eum qui in jus voc. Sufficit vi, quamvis dolus malus cesset.* (2) Fraus turpior quam vis odioque digna majore, quia totius injustitiæ nulla capitalior pestis quam eorum, *qui cum maxime fallunt, id agunt ut viri boni esse videantur Cic. 1. Offic.* Et quia vis jure potentiæ, quam natura dedit, inferri videtur, Jo. Bapt. Lence *Obs. Pol.* 195. Quod si vis aut contineret aut semper adjunctum haberet dolum, vis esset dolo ob id ipsum detestabilior. Perpetuo enim verum in eo quod plus est inesse minus. Certum autem est dolum posse esse sine vi. Jam si vis sine dolo esse nequit, necessario pejor erit dolo simplici, propterea quod præter illum aliquid turpe et ab homine alienum accederet. (3) Sicuti vis justa non est species doli boni, nec eundem necessario adjunctum habet, ita nec injusta malum. (4) Dolus dans caussam cotractui b. f. ipso jure nullum reddit, vid. supra *Lib. 12. C. 7. N. 4.* Vis et metus non item *supra C.* 39. Exemplo vis metum inferentis, contra quam hic noster et Decian. *d. C. 4. n.* 6. non habet dolum adjunctum, alias contractus irritaretur si non ratione metus, saltem ratione doli adjuncti. Quanquam vero recte uterque probet simulationem, ibi intervenire, quod non hoc agat ut periculum alter incurrat, sed ut rem auferat: non tamen aliud simulatur decipiendi, seu fallendi gratia. In metu coactio est, non deceptio. Ita sane fert usus loquendi et in Latina et in nostrati, puto et quacunque alia lingua, ut hæc distincta habeantur, nec promiscue usurpentur. Nec quisquam dicit se vi et metu deceptum, *durch gevault betrogen.* Quin nec ad modos fraudis, quos per quam ingeniose et artificiose noster exponit *a. n. 8. usque ad n.* 10. metus referri potest, quia in illo neque excutitur ignoranti neque exprimitur a volente, in errorem inducto: sed sciens prudensque tradere compellitur. Denique simulatio illa non adjuncta est tantum, aut præcedit; sed ipsi metui, ratione inferentis, inest. Atqui dolum non inesse metui noster contendit, sed ipsi adjunctum. (5) Vim injustam, quæ legibus coercetur, sine dolo esse ponit et agnoscit ipse Donellus *supra h. Lib. Cap.* 30. Ad *L. 14. §. pen. Quod met. ca.* vide *infra N.* 21.

gat præcedere hunc consensum. At re vera domino invito rem eripit Quid enim interest, vi quid eripias, an dominum cogas ea re cedere? Quod ad rapinam attinet, licet nobis proponamus animo prædones et latrones. Quid hi, prius quam ad facinus veniant? simulant aliud iter, simulant se alias res agere; ut facilius incautos dominos opprimant, et bona rapiant sine periculo. Ita per simulationem ad rapinas perveniri solet, ut ipsa rapina et vis aperta non sit simulatio, eoque nec dolus: sed illa, quæ præcesserunt occulte, ut ad rapinam perveniretur. Adde, quod qui aliquid eripiunt, solent semper simulare se habere aliquam caussam ad auferendum; vel ut dicant rem sibi deberi, vel se ea re necessario indigere, vel possessorem esse indignum, qui rem apud se habeat, vel esse hostem: cum tamen re vera unum hoc agant, ut rem, quam sciunt esse alienam, quo jure quave injuria ad se transferant. Cædes et easdem simulationes præcedentes, et alias adjunctas habet. Qui alium occidere cogitat, multa ante solet simulare et dissimulare, ne adversarius persentiscat se peti, et se muniat adversus periculum, quo incautum facilius opprimat. In ipso etiam scelere simulat plerumque se quod vim adhibet, defendendi sui caussa facere, cum re vera faciat animo ulciscendi nulla necessitate defensionis cogente. Idem etiam simulare solet se vulnerare tantum voluisse, cum hoc ipsum ageret, ut occideret. In quibus omnibus cum insit simulatio vi adjuncta, recte dicimus perpetrari ista dolo malo: non tamen ita, ut ideo vis aperta sit dolus, aut quod dolo hic fit, fiat sine simulatione: sed ut intelligamus utrumque in his intervenire et vim et simulationem; res tamen inter se distinctas, ut neque in vi quatenus aperta est, et sine simulatione, sit dolus, sed vis dumtaxat; neque in simulatione vis, sed tantum dolus Quæ cum ita sint, nihil puto, relinquitur in reprehensione Labeonis, cur definitionem superiorem veterum mutemus, curque rei de qua agitur, explicandæ non convenientissimam vel auctore ipso Labeone putemus.

XV. Reliqua est, quæ nobis obstare videatur fortasse auctoritas Ulpiani quasi qui eam reprehensionem probet in *d. L.* 1. §. 1. adde et Justiniani, qui quæcumque sunt veterum scripta in Pandectis omnia se sua fecisse testatur. *L.* 1. §. *omnia. L.* 2. §. *tanta, C. de vet. jur. enucl.* Et si quidem Labeonis reprehensionem aperte probaret Ulpianus magis laboraremus. Etsi enim Ulpiano opponere liceret Ulpiani ipsius auctoritatem, qui alibi eadem illa definitione a Pedio accepta utitur: *d. L. jurisgentium*, §. *dolo*, *D. de pact.* Tamen res incideret in eam difficultatem, ut contraria in Pandectis de eadem re, et ab eodem auctore admittere cogeremur, contra quam Justinianus patitur. *L.* 2. §. *contrarium*, *C. de vet. jur. enucl.* Sed ne hic laboremus, sumendum est id quod locus concedit. Negandum est Ulpianum [12] probare reprehensionem Labeonis. Idque locus satis probat. Nam cum Ulpianus retulisset Labeonis reprehensionem, et item definitionem de dolo, de sententia sua nihil amplius subjicit, quam Labeonis definitionem veram esse. Nos concedimus esse verissimam, ut quæ revera idem contineat, quod illa superior veterum. Sed non ideo probari ejus reprehensionem dixeris. Alia Labeonis definitio est alia ejus reprehensio. Definit recte Labeo: at non recte priorem definitionem reprehendit, ut ostendimus. Quin immo cum Ulpianus in hujus sententia unum se probare dicit, hoc ipso ostendit aut se alterum non probare, aut quid de eo sentiendum sit, in medio ponere. Et vero non probare se hanc reprehensionem satis declarat alio loco, cum definitione veterum in explicatione doli pro vera et recta [13] utitur, puta in *d. L. jurisgentium*, §. *dolo*, *de pact.* Sed quia de iis quæ objiciuntur a Labeone, dubitari poterat, non abs re esse putavit ejus quoque definitionem proponere, ut si cui magis placeret ad rem explicandam, ea uteretur; atque ut ostenderet nihil esse, cur uti quisquam metueret, subjecit definitionem veram esse. Quod si neque Labeonis ratio, neque Ulpiani aut Justiniani auctoritas nobis of-

12) Ita et Baro *ad L.* 1. *hoc tit. et ad L.* 7. §. 9. *de pact.* Arumæ. *de Mora C.* 2. *n.* 14. reprehensionis summam referri ab Ulpiano non probari: Probari autem definitionem utriusque ac Perrenon. 1. *Animadv.* 21. Et injustam Labeonis reprehensionem esse, Marq. Freher. 2. *Parerg.* 6. *et* Bus. 1. *Subtil.* 19. *Si hæc*, inquiens, *confutandi ratio valet*, *nulla definitio bona erit.* Et Decian. *d. Cap.* 4. *n.* 6. nihilo differre Servii definitionem a Labeonis, nisi quod ille clarius explicuit, hic pressius comprehendit. Quin et Hotom. 1. *Obs.* 20. *et* 4. *Obs.* 4. licet statuat verba *alterius decipiendi caussa* subdititia; inique tamen notatum Sulpitium censet, nec debuisse verba magis captari, quam illius mens attendi. Diss. Cujac. *ad Rub. h. t.* Ant. Fab. *ad L.* 1. §. 2. *h. t.* Pac. 2. Q. 73. utrumque vitium vere inesse definitioni Servii, nec eam Labeoni probari. Et Cicero definitionem imperfectionis incusat, Valth. 2. *Misc.* 10. Marq. Freher. *Lib.* 3. *de Existimat. C.* 10. *n.* 1. describit quod sit Malitiosa affectatio, qua vel simulatur falsum vel dissimulatur verum, alterius fraudandi gratia.

13) Sed Pac. 2. *Q.* 73. dicit res definitas non esse easdem. In *d.* §. 9. definitionem probari Ulpiano non ceu doli in genere accepti, sed pacti dolo facti. Atqui Paulus 1. *Sent.* 8. §. 1. dolum simpliciter considerat. Et eamdem definitionem probat Augustin. ref. Decian. *Lib.* 1. *C.* 4. *n.* 3.

officit in superiore definitione, quo minus ea retinenda sit: est plane, cur eam omnimodo retineamus, sive auctoritatem definientium spectemus, sive fidem et commoditatem definitionis. Auctores illa habet veteres pene omnes, qui de dolo scripserunt, eosdemque non solum juris, sed etiam omnis alius prudentiæ et doctrinæ laude clarissimos. Definitionis primus auctor Gallus Aquilius teste Cicerone *Lib.* 3. *Offic.* Hanc ab illo acceptam usurpavit Servius ejus discipulus, ut refertur in *d. L.* 1. *de dolo.* usurpavit deinde et Pedius: magni inprimis auctores; tribuitur enim et Pedio in *L. jurisgentium*, §. *dolo*, *D. de pact.* quo in loco et probat Ulpianus. Totidem verbis definivit Paulus *Lib.* 1. *recept. sent. Tit. de dolo.* Et ne quid desit ad auctoritatem, Cicero [14] *eodem Lib.* 3. *Offic.* eam definitionem Aquilio tribuens non solum probat, sed etiam insigni quodam elogio commendat, ut dicat responsum ab Aquilio sane luculenter, ut ab homine perito definiendi. De fide autem et commoditate definitionis, id est, quam vera sit, et ad rem explicandam accommodata, supra a me satis demonstratum puto. Sed cum vera quoque sit Labeonis definitio, cur non etiam ea utimur? et si utimur, cur de priore tantopere laboramus? Sane vero cur Labeonis definitione utamur, nihil prohibet. Sed rem non satis explicat, ut prior illa. Ut enim maxime sciamus dolum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad alium decipiendum adhibitam: tamen non magis hic scimus, quid sit dolus, quam prius. Æque enim incertum, quid sit calliditas, fallacia, machinatio, atque illud quid sit dolus; nec prius res explicatur, quam constiterit, quibus rebus et dolus hic, et fallacia, et machinatio admittatur. Id autem superior illa commodissime explicat, cum dicitur dolus esse, cum simulamus aliquid dissimulato consilio nocendi, et tamen re ipsa id agimus, ut alium fraudemus, id est, ut alii noceamus, et detrahamus injuria. Quibus si addiderimus, quibus modis id fiat, ut fecimus; tum demum de dolo quæstio quid sit dolus, et ubi sit, erit explicata.

XVI. Ex his ergo satis intellectum est, quæ sint ea, quæ de dolo malo facta esse dicentur. Quam in genere facti secundam conditionem prætor posuit ad caussam hujus actionis. De iis quæ ita facta sunt, actio est de dolo ex hoc edicto. Non semper: sed hac conditione, quæ tertia hic adjicitur, si de his rebus alia actio non erit. Quod eo pertinet, ut si quis deceptus aliam eo nomine actionem habeat, ea utatur, si velit: si nolit, nullam habeat, quia nec detur de dolo. Sed quid prohibet, quo minus hic etiam de dolo agi possit, ut pluribus actionibus teneatur, quem constat deliquisse? Nam et adversus furem scimus plures actiones esse constitutas, vel hoc maxime nomine, quo pluribus actionibus propositis magis teneretur. §. *sic itaque, Inst. de act.* Gravitas judicii in caussa est. Est enim actio de dolo famosa, notata edicto de infamibus. *L.* 1. *D. de his qui not. infa.* Visum est famosam actionem non temere debuisse a prætore decerni, si qua alia esset actio, qua res decepto æque salva esse posset. *L.* 1. §. *ait*, *D. de dolo. L. pen.* in fin. *D. de in int. rest.* Hæc verba, *si alia actio non erit*, sic accepta sunt [15] a veteribus, si quod aliud remedium nullum erit, fueritque quandoque decepto rei servandæ caussa vel adversus eum qui decepit, vel adversus alium. Hæc enim est summa disputationis ejus, in qua versatur horum verborum explicatio in *L.* 1. §. *ait*, et deinceps usque ad *L.* 7. §. *non solum*, *D. de dol.* summa breviter comprehensa in *d. L.* 7. in princ. Ejus partes distinctæ propositæ totam sententiam in hac parte edicti, et veterum planam facient. Indicat ergo superior definitio, his verbis, *Si alia actio non erit;* tria contineri, quorum unumquodque actionem de dolo excludat etiam in his, quæ maxime dolo malo facta sint: remedium quodvis aliud rei servandæ caussa: remedium adversus quemlibet, etiam alium, quam qui decepit: remedium non solum quod nunc sit, sed etiam quod aliquando præcesserit, si culpa ejus amissum est.

XVII. Primum quodcumque decepto remedium est servandæ ejus rei de qua agitur, pla-

14) Et 3. *de Nat. deor. et in Top. loco a genere.* Non obstat quod Ulpianus Servium auctorem facere videatur *d. L.* 1. §. 2. Neque enim dicit Servium primum ita definire. Quare non est ut ignorantiæ insimulemus Ulpianum cum Deciano 1. *Tr. crim.* 4. *n.* 1. *et* 2. quasi cum in Servii libris relatam definitionem, nulla auctoris mentione, forte legerit, ejus inventorem Servium inde collegerit. Quanquam sciam Ravardum ad *L.* 23. *de R. I.* sentire quod Aquilius tantum definierit, *cum aliud simulatur*, *aliud agitur:* Servius vero subolens latens definitionis vitium, nec ab Aquilio, nec a Cicerone deprehensum, adjecisse verba: *machinatio alterius decipiendi caussa:* Utque honori collegæ parceret, Aquilii etiam verba retinuisse, alioqui ad definitionem non necessaria.

15) Late accipitur hic actio pro omni auxilio, quo res salva esse potest actori, Duar. *h. t. C.* 1. Hæc enim actio non tam contra dolosos inducta, ut puniantur arg. *L.* 3. *h. t.* quam pro deceptis, ut eorum idemnitati consulatur. Quare et si ipso jure tutus sit deceptus, ut contra illum adversarius non habeat actionem, cessat hæc actio *L.* 1. §. 5. *h. t.* ubi Ant. Faber.

placet cessare de dolo actionem, *d. L.* 7. in princ. *de dol. d. L. pen.* in fin. *D. de int. rest.* Alia remedia hæc esse possunt quatuor, alia actio quæ proprie ita dicitur; interdictum; in integrum restitutio; exceptio. Alia actio fuerit in contractibus bonæ fidei, si quis in his ex contrahentibus deceptus fuerit ab altero: quam ob caussam et cessat actio de dolo: ut in commodato commodati: *L. in commodato*, §. *sicut*, in fin. *D. commod.* In deposito depositi: *L.* 1. §. *ult. D. dep.* in mandato mandati: *L. si procuratorem*, §. *ult. D. mand.* In emptione si venditor emptorem deceperit ex empto; si emptor venditorem ex vendito. *L. ea quæ*, §. *ultim. D. de cont. empt. L.* 6. §. *ult. L. Iulianus*, §. *si venditor*, *D. de act. empt. L. et eleganter*, §. *non solum*, §. *servus*, *L. si quis adfirmavit*, in princ. *L. arbitrio*, §. *de eo*, *D. de dolo.* In omnibus autem negotiis gerendis est actio ex stipulatu, si quis stipulatus sit ab eo cum quo quid geritur, dolum malum abesse, abfuturumve esse; et hæc actionem de dolo excludit. Est actio vetus in omnibus iis liberationibus, quibus creditor deceptus debitorem suum liberavit tantum per exceptionem: puta aut pacto, aut, quia eum absolvi judicio passus est: in quibus et sic vetere actione agi placet, ut si objicitur exceptio, hæc replicatione doli mali infirmetur. Cæterum denegatur de dolo actio. *L. sive apud*, *C. de trans. L. cum te*, *D. de dolo.* Ex quasi contractu alia actio fuerit, si quid tutor in rebus pupilli dolo malo gesserit, in rebus domini is qui negotia ejus administrat sine mandato. Illic tutelæ, hic negotiorum gestorum. *L. quidquid*, *C. arbit. tut. L. si negotia*, *D. de neg. gest.* Et hæ actionem de dolo excludent, adversus quemcumque de ea re competere cœperint. *L.* 6. *D. de dolo.* In maleficiis alia actio sit, quisquis sciens prudens aliquo facto nocet alteri, quod quidem factum in speciem unam aliquam maleficii cadat ex iis quas supra retulimus. Itaque ob damnum dolo malo datum, legis Aquiliæ actio est: ob bona rapta actio vi bonorum raptorum: cessat de dolo actio. *L.* 7. §. *si servum*, *L. arbitrio*, §. *de eo*, *D. de dol.* Cumque ex maleficiis quibusdam populares actiones sint, non omnino privatæ, etiam his placet actionem de dolo excludi. *L.* 7. in fin. pr. *D. de dol.* Finge aliquid dolo malo positum haberi in suggrunda protectove supra locum publicum: est actio in decem solidos adversus eum qui positum habet, quæ eadem popularis est. *L.* 1. §. *prætor*, §. *ult.* in prin. et fin. *D. de his qui dejec. et effud.* Hæc sufficiet, quanvis in eo agatur caussa publica, nec de dolo dabitur.

XVIII. Sed esto, non sit alia actio, verum interdictum aliquod de eo quod dolo malo factum est. Etsi in usu juris interdictum non dicitur proprie actio, constatque hæc inter se distingui. *L. non solum*, in prin. *D. de proc. Inst. de act. et Tit. de interd.* tamen et hic verbum actionis sic accipitur, ut contineatur interdictum, placetque cum id erit, hoc edictum cessare. *L.* 1. §. *ait*, *de dolo.* Ejusmodi interdictum fuerit, quod vi aut clam; sive quod dolo malo factum sit ab eo qui opus instituit, ne adversarius id sciret, ut facilius clam eo fieret; sive cum sciente eo faceret, dederit operam, ne is posset opus prohibere, aut non posset tempestive. In his dolum admitti ab eo, qui ita opus facit, perspicuum est. Constat tamen ex hac omni caussa interdictum quod vi aut clam competere. *L.* 3. §. *ultim. L.* 5. §. *vi facit*, *D. quod vi aut clam.* Quare et hic actionem de dolo non dabimus.

XIX. Immo etsi quis de eo quod dolo malo gestum est, possit in integrum restitui, placet non debere ei hanc actionem dari. *L.* 1. §. *antep. de dolo*, *L. pen.* §. 1. *D. de in int. rest.* Finge creditorem deceptum liberasse acceptilatione debitorem suum. *Major annis creditor*, inquit Ulpianus, *de dolo habebit actionem, minor autem in integrum restitueretur.* L. quidam, *C. de dolo.* Et tamen in integrum restitutio longius recedit ab actione, quam interdictum, ut Tituli *de integrum restitutionibus* distincti a Titulis *de actionibus* declarant. Certe in *L. actionis*, *D. de obl. et act.* actionis verbo subjicitur interdictum, non item in integrum restitutio. Sed in integrum restitutione res nobis salva esse potest, hoc satis, ut ne sit actioni de dolo locus.

XX. Quid exceptio, quam nihil minus est quam actio? si quidem ipsa actionis exclusio est, et quæ actioni opponitur. *L.* 2. *D. de except.* Tamen si eo quod dolo malo factum est, sit decepto, vel exceptio, qua se tueri possit, placet cessare hanc actionem, tantumque satis esse, quod res hoc remedio ei ad quem ea res pertinet, salva esse potest. *L.* 1. §. *ait*, *L.* 7. in princip. *D. de dolo.* Est autem exceptioni locus in his quæ quis deceptus dolo stipulanti promisit. Nam alioqui ex stipulationi promissor jure civili obligatur. §. *de constituta.* sed exceptione doli mali actio summovetur. *L. dolo*, *C. de inut. stipul. Inst. de except.* in pr. Hac exceptione

tu-

tutus, sive conveniatur, sive non conveniatur, de dolo actionem non desiderabit, eaque etiam volens non utetur. Aliter, atque si quis metu coactus quid promiserit, ubi etsi adversus actionem eodem jure natam exceptio est quod metus caussa. *d. L. dolo, C. de inut. stip.* Tamen in potestate est promissoris, utrum actionem expectet, adversus quam utatur exceptione, an vero ultro agat quod metus caussa, ut a stipulatore per acceptilationem liberetur. *L.* 2. §. *sed quod prætor*, *D. de dolo.* Quippe actio quod metus caussa datur sine exceptione de omni eo quod metus caussa gestum est: actio de dolo hac conditione, si de eo quod dolo malo factum est, non sit alia actio, et hoc propter gravitatem hujus judicii, ut dixi.

XXI. Sed cum edictum de alia actione loquatur, pleraque autem ex his remediis non sint actiones, ut proprie actiones dicuntur in usu juris, videndum, unde hoc sumptum sit veteribus, ut ista quoque dicerent actionis verbo in hoc edicto contineri? Nam nisi quid proponitur, cur recedatur a proprietate verborum, recte præcipitur ei in re dubia standum esse *L.* 1. §. *licet*, vers. *in re igitur*, *D. de exercit. act.* Cumque in omnibus aliis partibus juris id faciendum est: tum vero maxime in superiore conditione hujus edicti faciendum videtur. Quo enim plura remedia esse dixerimus, quæ contineantur hac conditione, eo pluribus modis eveniet, ut fraudator non teneatur actione de dolo, ejusque judicii infamia. At convenire videbatur hanc potius actionem quantum per verba licet: maxime retineri. Recte enim Paulus, *expedit*, inquit, *in delictis timere delicti pœnam.* L. si unus, §. *pacto*, *D. de pact.* Ac demus etiam verbis edicti convenire posse interdictum et in integrum restitutionem: ut certe convenire recte dixeris. Sunt enim hæ persecutiones, quibus judicio prosequimur quod nobis debetur. Id autem est actio, cum generaliter definire volumus. *Inst. de act.* in princ. unde et dicuntur actionis verbo contineri in *L. actionis*, *D. de obl. et act.* At illud certe defendi posse non videtur, quod admiserunt his verbis etiam exceptionem contineri. Ut enim dixi, tantum abest, ut exceptio sit actio, ut sit etiam actioni contraria, utpote comparata, ut ei opponatur, eamque excludat. *d. L.* 2. *D. de exception.* De quibus breviter respondeo, recte dici hæc omnia, nec debuisse remedia ista posteriora ex verbo actionis admitti, omniumque minime exceptionem, nisi constaret hanc esse sententiam prætoris ut ex eo verbo omnia ista admittentur. Nunc autem id prætor voluit. Nec difficile est hanc sententiam intelligi ex ratione edicti. Cur enim non dat prætor actionem de dolo, si alia sit actio? Non dubium; quin ideo, quia famosa est hæc actio de dolo, et alia actione competente res decepto æque salva esse potest, ut non fuerit necesse in eam rem constituere graviorem actionem, cujus infamiam nullo privato commodo actoris cederet. At æque res salva esse potest aliis superioribus omnibus remediis, et ubique de eadem actione de dolo agitur. Quare et sententia sua prætor eadem illa omnia remedia ad excludendam hanc actionem admitti voluit. Denique hoc satis est dici, de quo convenit inter omnes veteres in interpretatione omnis juris, in quibus caussis eadem ratio est, et in his idem jus esse statuendum. *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Quod si id tum recte dicitur, etiam cum verba legis cessant: multo magis tum admittendum est, cum quæ inducuntur, ejus rei de qua lege cautum est, vim et potestatem obtinent. Quo argumento, que emptori in lege tribuuntur, eadem placet et ei tribui, qui permutavit: quia scilicet permutatio vicem emptionis obtinet. *L. sciendum*, §. *pen. D. de ædil. edict. L.* 2. *C. de rer. perm.* At alia sunt cum de actione agitur, non solum interdictum et in integrum restitutio, quas persecutiones juris nostri esse diximus, eoque et actionis verbo merito contineri, *d. L. actionis*, *D. de obligat. et actionib.* sed etiam exceptio. Sane enim illa si cum actione conferatur, non est actio, sed si per se spectetur, actionis vicem obtinet. Nam ut actor agendo quid intendit, et intendendo sibi præstari postulat: sic utrumque et reus excipiendo. *L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Et ut actor actione suum consequitur; sic et reus exceptione, et quidem eo facilius exceptione, quam actione, quod facilius est cum possidemus jus nostrum tenere per retentionem, quam alio possidente agentibus nobis vincere. §. *retinendæ*, vers. *commodum*, *Inst. de interd. L. si servum*, §. *sequitur*, in fin. *D. de verb. obl.* Quibus de caussis etiam factum est, ut dictus sit reus in exceptione actor esse. *L.* 1. *D. de except.* proinde et in exceptione actoris partibus fungi debere. *d. L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Recte igitur veteres his verbis, *si alia actio non erit*, omne remedium aliud servandæ rei contineri intellexerunt.

XXII. Secundum illud continetur iisdem verbis, ut si decepto alia potest esse actio, aliudve remedium adversus alium, quam adver-

versus eum qui decepit, non detur de dolo actio ne adversus eum quidem qui decepit. Quod quidem verbis ipsis edicti efficitur. Non enim [16] dicit prætor, si de his rebus adversus eum qui dolo fecit, actio non erit: sed simpliciter si de his rebus *alia actio non erit.* Est autem alia actio, sive adversus eum sit, qui dolo fecit, sive adversus alium. Quod accidit in iis quæ pupillus gessit cum alio tutoris auctoritate, aut dominus per procuratorem in judicio. Deceptus est pupillus a Titio, tutore auctore colludente, aut per summam culpam fraudem non animadvertente. Hic tutorem pupillo tutelæ actione teneri ob rem male gestam, jam ante diximus. *L.* 1. *D. de tut. et rat. dist. L. quidquid*, *C. arb. tut.* Hac ipsa de caussa probandum est non habere pupillum de dolo actionem adversus Titium, quanvis hic maxime sit, qui dolum adhibuerit. *L.* 5. *D. de dolo.* Egerit et procurator meus judicio, ac dolo malo passus sit adversarium vinci. Etsi dolo fecit adversarius: tamen quia mihi eo nomine actio mandati est adversus procuratorem. *L. procuratorem, L. a procuratore, C. mand.* de dolo actio adversus eum qui vicit, non competet, *L. et eleganter*, §. *pen. D. de dol.* Sic tamen alia actio quæ adversus alium est, actionem de dolo excludet, si is alius solvendo sit. Quod si aut in priore specie tutor, aut in posteriore procurator meus solvendo non erunt, placet nihil esse impedimento de dolo actioni: hac ratione, quod non videatur adversus eum esse actio, propter cujus inopiam inanis actio est, *d. L.* 5. et *L.* 6. *d. L. et eleganter*, §. *pen.* in fin. *de dolo.*

XXIII. Tertium continetur superioribus verbis, ut quanvis nulla sit decepto alia actio, nullum remedium de eo quod dolo malo factum est: tamen non sit ei de dolo actio, si quando alia actio ei fuit, et hanc facto negligentiave sua amisit. Facto suo aliam actionem amittit, si eam quam prius habebat, dum forte de ea transigere vult, deductam in stipulationem acceptilatione, vel alio modo, puta novatione sustulit. Alia actione hoc modo perempta, incipit quidem ei alia actio non esse; sed placet non eo magis actionem de dolo ei dandam, quia quam prius habebat, eam facto suo amiserit. *L.* 1. §. *pen. D. de dol.* Hoc tamen ita, nisi et in alia actione amittenda dolum malum passus sit. *d. L.* 1. §. *pen. L.* 4. *C. de trans.* Negligentia sua aliam actionem amittit deceptus, si habuit aliam actionem temporalem, et dum intra tempus constitutum non agit, actio tempore finita est. Quanvis hic quoque desierit aliam actionem habere: tamen placet nihilomagis quam supra actionem de dolo ei competere debere, sibi imputaturo, qui et hic culpa sua actionem [17] amiserit, *d. L.* 1. §. *antep. de dolo.* Emptor, exempli caussa, in vitiis et moribus rei venditæ deceptus a venditore, dum ille sciens dissimulat, habet eo nomine actionem ad redhibendum, sed intra sex menses dumtaxat. *L. sciendum*, §. *ultim. D. de æd. ed.* Finge eum intra eos menses redhibitoria non experiri. Sine dubio desiit aliam actionem habere ad redhibendum. Num ergo ei decepto intra annum saltem de dolo dabitur? non placuit: quia redhibitoriam quam prius habuit ad eam rem, culpa sua amisit. Quid ergo, si in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut ne aliquod vitium aut morbum putaret subesse, atque hoc errore falsus intra tempus constitutum redhibitoria non ageret? Etiam hic ut supra, priore actione amissa, supererit decepto de dolo actio. *d. L.* 1. §. *antep.* in fin. *de dol.* Sed videamus, ne totum hoc tertium amissa alia actione, parum atque adeo nullo modo conveniat verbis edicti, proinde nec debuerit induci a veteribus. Nam prætor non dicit, si de his rebus alia actio non erit, fueritve; sed simpliciter, si alia actio non erit: nempe tunc, cum judicium postulatur; ut scilicet intelligatur prætor hoc polliceri, si tunc alia actio non erit, se de dolo daturum. Et hoc omnino ita se habet, eaque plane verborum edicti sententia est. Sed veteres etiam tunc aliam actionem esse [18] interpretati sunt, cum ea alia quæ prius fuit, actoris culpa amissa est. Non quia adhuc supersit revera; sed quia hoc perinde haberi debeat adversus eum, qui fecerit ne haberet, quive culpa sua hoc damnum senserit. Quod regulis juris notis efficitur his; Factum cuique suum, non adversario nocere de-

16) Item quia tunc decepti non interest. Ergo per *L.* 18. *pr. h. t.*

17. Suæ enim negligentiæ imputet *L.* 203. *de R. I.* alioqui hæc negligentia et ipsi prodesset, et adversario noceret, qui teneretur actione famosa, qua, si actio illa tempore non amissa esset, conveniri non potuisset, A. Fab. ad *L.* 1. §. *pen. hoc tit.*

18) Diss. Ant. Fab. ad *L.* 14. §. 13. *Quod met. ca. et ad L.* 1. §. 4. *h. t.* sentiens concurrere posse hanc actionem cum alia actione æque famosa, ut quod metus caussa *d.* §. 13. (atqui hæc non famosa vid. *N. seq.*) Mandati *L.* 1. *C. h. t.* Sed refellitur ex *L.* 5. *h t.* ad quam licet resp. Faber ibi actionem tutelæ æque famosam non dari contra eundem, qui dolo fecit, sic tamen inferre licet: Si quoties res alia actione contra alium data licet famosa, servari potest decepto, actioni de dolo locus non est: minus eidem locus erit, cum servari potest alia actione contra eundem data; maxime autem ex *L.* 7. §. 7. *h. t.* ubi non concurrit cum actione furti, cum tamen alias odio furum plures actiones facile admittantur. Diss. aliter Jac. Scult. *Q. Pract.* 7. vid. *infra N.* 25.

debet. *L. factum cuique, D. de reg. jur.* Constat igitur veteribus superioris omnis interpretationis ratio, cum dicimus his verbis, *si alia actio non erit*, tria illa contineri, quæ ante sigillatim exposuimus. Quibus in summa efficitur sine exceptione, actionem de dolo decepto non dari, si quod ei rei servandæ caussa remedium aut sit, aut fuerit aliquando vel adversus fraudatorem, vel adversus alium quemlibet.

XXIV. Hinc quæsitum hoc loco, sitne hæc sententia perpetui juris, ut nunquam detur de dolo actio, si qua alia actio competit de eo, quod dolo malo factum est. Jam dixi edicto nihil excipi: et dilucide verba edicti scripta sunt. Sed nec usquam quidquam nominatim exceptum legibus a veteribus. Et quid dico nihil exceptum? Immo ne qua sit dubitatio, exstat hæc definitio in *L. pen.* §. 1. *D. de in int. rest.* tunc demum ad actionem de dolo descendendum esse: cum remedio locus esse non potest. Quibus verbis nemo ignorat hanc sententiam exprimi, nunquam prius veniri actionem de dolo, quam cum aliud remedium rei servandæ nullum est. Cui sententiæ congruit definitio Pomponii, quæ refertur in *L. et eleganter*, 7. in pr. *de dolo.* Sed rem dubiam fecerunt species nonnullæ; in quibus legimus actionem de dolo dari, ubi tamen ex aliis locis constat aliam actionem ex eadem caussa competere. Eæ species sunt sex, quarum de unaquaque dicam breviter sigillatim, quod videatur commode ad eorum explicationem dici posse, ac dicam ita, ut in omnibus sententia edicti, et definitio superior generalis servetur.

XXV. Prima species est eorum, quæ metus caussa gesta sunt. Nam eum qui metum intulit, quem constat teneri actione quod metus caussa, etiam de dolo teneri scriptum est in *L. item*, §. *eum qui*, *pen. D. quod met. cau.* Et vulgo ex his verbis tam dilucide scriptis utramque hanc actionem in hac caussa concurrere admiserunt. Et addunt rationem, quia utraque actio ejusdem [19] sit potestatis, ac præter pœnam quadrupli eadem; utraque præterea arbitraria, utraque ad rei restitutionem competens, ex turpi facto utraque. Ne hanc sententiam admiserimus. Oppugnat enim edictum de dolo, et definitionem superiorem, de cujus verbis dubitari non potest. Sed et quod dicunt has actiones ejusdem esse potestatis, ac pene re esse easdem, verum non est. Cætera dici possunt similia. Illud certe in re et gravitate judicii longe dissimilium, quod actio de dolo famosa est: actio quod metus caussa [20] non item. Non enim notatur edicto prætoris de infamibus, ut nominatim actio de dolo. *L. 1. D. de his qui not. infam.* Dicendum est quod et in ejus loci explicatione. Eguinario Baroni videtur: etsi dicitur is, qui metum intulit, etiam de dolo teneri; non ideo statim ex eo colligi debere, si is recuset actionem de dolo in se dari, nihilominus adversus invitum et recusantem [21] dandam esse. Nam et in *L. penult.* §. 1. *D. de in int restit.* proponitur species, in qua similiter dicitur decepto competere actio de dolo. Et tamen adjicitur, si is restitutione in integrum rem salvam habere possit, boni prætoris esse potius restituere litem, ut et ratio et æquitas postulabit, nempe postulante adversario: quam actionem famosam constituere. Hoc idem et in proposito recte usurpabimus. Dicemus igitur eum qui metum intulit, summo jure teneri et de dolo, ex quo eveniet, ut si hac actione conventus nihil adjiciat de mutanda actione, sed tantum neget se dolo quid fecisse: procedat actio adversus eum, et probato metu videatur et de dolo recte probasse, quia in metu illato et dolus insit. Sed si is, cum quo ex metus caussa agitur actione de dolo, initio deprecetur hanc actionem, et postulet potius actionem quod metus in se dari, audiendus est, et juxta superiorem sententiam alia actio-

19) Ita Pac. 5. Q. 74. Utraque ait subsidiaria et fere pari passu ambulant.

20) Diss. A. Fab. ad *d.* §. 13. quia, inquit, vis non infertur sine dolo. Quæ ratio nec perpetua est, vid. *supra N.* 11. nec etsi esset; firma inde illatio: alias, quod nemo dicet, quacunque actione dolus vindicabitur: itemque omnia interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis erunt famosa, quod falsissimum. Et male Faber, ideo non connumerari actionibus famosis, Quod metus caussa, quia non, ut de dolo, semper famosa; veluti cum datur contra tertium possessorem. Nam nec de dolo semper famosa est; ut cum datur contra heredes, pupillum ex dolo tutoris etc. *L.* 13. *L.* 15. *h.* t. ubi non minus de dolo actio vocatur.

21) Sed Baro ad *d. L.* 14. §. 13. sic potius: Dari de dolo actionem nulla metus mentione facta, Quod metus caussa, nulla doli, et ad *L.* 1. *h. t.* Cum solus, ait, dolus absque metu allegatur, etsi metus vere illatus sit, non intelligitur esse alia actio. Quod si metum alleget actor; non potest agere de dolo. Sed hæc non satisfaciunt. Puto itaque verba *de dolo* non exponenda de actione hac nostra, sed materialiter non formaliter, ut quidam loquuntur, accipienda. *De dolo* id est nomine doli, propter dolum, ratione doli commissi ut infra *N.* 23. Nam si fraus cum vi adhibita, tenetur etiam ex caussa doli metui conjuncti, non tamen actione quæ de dolo vocatur, sed ipsa actione, Quod metus caussa, qua simul persequitur, quod sibi abest ratione doli: Nec resistunt verba seqq. *et consumi etc.* quæ sic interpretor: Si quis metum passus ab eo, cui ipse prior intulerat ex isto edicto agat: objicietur ei exceptio, nisi tu prior metum intulisses uti exemplum *in L.* 12. §. 1. *Quod met. ca.* Et sic paria delicta mutua pensatione dissolvuntur *L.* 39. *Sol. matr.* Facit *L. ult.* §. 2. *Quod vi aut clam. L.* 36. *h. t.* Quod si de dolo et Quod metus caussa actiones concurrerent, neutra alteram consumeret. Quia de dolo est rei persequutoria *L.* 17. *h. t.* Quod metus caussa, si non pareatur arbitrio, pœnalis. Quando autem actio pœnalis, et rei persequutoria concurrunt, neutra alteram perimit *L.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Non igitur diceret Ulpianus ita fidenter certum esse, quod si non falsum esset, saltem speciale et a communi juris regula abnorme.

ne res restituenda potius, quam actio famosa constituenda.

XXVI. Secunda species est ea quæ proponitur in *L. si legatarius*, *D.* de dolo. *Legatarius cui supra modum legis Falcidiæ legatum erat, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro jurando, vel quadam alia fallacia persuasit, tanquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficeret hereditas, atque eo modo solida legata consecutus est: datur*, inquit Cajus, *de dolo actio.* Sic enim totius ejus loci verba sunt. Atqui constat ex aliis locis heredi hoc nomine competere indebiti condictionem, ubi scilicet vere indebitum, et per errorem facti solvit. *L. error*, *C. ad leg. Falcid. L. si per ignorantiam*, *L. fideicommissum*, *C. de condict. indeb.* Ne hic cum vulgo admiserimus in hac specie utramque actionem, dicamusque ideo id fieri, quia generalis hic sit condictio, cujus species sit actio de dolo. Nam et hic aliud remedium concedentes, nihilominus daremus actionem de dolo contra manifesta verba edicti, et veterum sententias: et præterea ineptum est, quod hic dicitur de condictione generali, quæ est actio in personam: cum constet indebiti repetendi caussa esse specialem condictionem indebiti. De responso Caji sic commode respondebimus. *Datur*, inquit ille, *de dolo actio.* Non exprimit, qua de re; tantum in specie proposita dicit dari actionem de dolo. Hoc sic accipiemus, ut detur interdum in proposito, non semper: datur autem ex sententia edicti, cum de ea re de qua agitur, alia actio heredi non erit: quatenus autem alia erit, de dolo non detur repugnantibus edicti verbis. Ut autem in proposito non sit heredi alia actio, sic contingere potest, si heres ista fallacia persuasus eodem errore et aliis quibusdam legata solida [22] solverit, hi autem solvendo non sint. Hic enim quod amplius est, quam per legem heres debuit, neque a fraudatore repetere potest, cui hoc solutum non est; neque ab iis quibus solvit, quia non sunt solvendo. Ita restat sola actio de dolo, qua repetat a fraudatore, quod deceptus amisit, et hæc eo nomine dabitur. Nec ad rem pertinet, quod isti alii, quibus indebitum solutum est, nihilominus jure tenentur indebiti condictione, ac proinde semper est adversus eos alia actio. Jam enim dixi, non videri actionem esse, quæ propter inopiam debitoris inanis est. *L.* 6. *D. de dolo.* Cæterum neque de iis, quæ fraudatori indebita soluta sunt, unquam erit adversus eum de dolo actio, cum sufficiat condictio indebiti; neque de iis quæ soluta sunt aliis quamdiu solvendo erunt, cum et hi proprio nomine teneantur, et sit etiam adversus eos eadem condictio.

XXVII. Tertia species est in eo negotio, cum feci ut dares, et posteaquam feci, cessas dare, veluti, cum manumisi ancillam, ut mihi Pamphilum dares, et postquam manumisi, non das; aut cum indicavi tibi furem, ut mihi decem dares, et posteaquam indicavi, non das. De hac specie scriptum est in *L. naturalis*, §. *quod si faciam, D. de præscr. verb.* nullam hic esse civilem actionem, et ideo de dolo dari. At aliis locis datur in hac specie actio præscriptis verbis. *L. solent, L. si tibi, D. de præsc. verb. L. jurisgentium*, 2. respons. *D. de pact.* Exercuit hæc antinomia omnium ætatum doctissimos interpretes: ex quibus alii defendunt in hac caussa præscriptis verbis actionem aut in factum non dari. Ideo recte dari de dolo, ut sunt verba *d.* §. *quod si faciam.* Alii cum de actione præscriptis verbis in hac specie danda negare non auderent, hanc ipsam aut certe actionem in factum cum actione de dolo admiserunt. Sed priores multis et locis et argumentis convincuntur. Posteriores sententiam inducunt huic edicto plane contrariam. Negari enim potest actionem præscriptis verbis esse actionem: certe remedium, quo res actori salva esse possit: ut hoc remedio concesso non sit danda de dolo actio, ut est in *L. pen.* in fin. *D. de in int. rest.* Longum esset hoc loco recensere, quæ disserui fusius de tota hac quæstione in *Libro de præscriptis verbis et in factum actione.* Et vero non est necesse, cum si quis requirat, inde sumi possint. Tantum nunc breviter et nude sententiæ meæ summam proponam, accomodatam huic edicto, spero etiam attemperatam ad mentem Pauli in *d.* §. *quod si faciam.* Summa ergo hæc est, in hoc negotio cum feci ut dares, si posteaquam feci, cessas dare, agi de duabus rebus, quarum de una nulla sit civilis actio, ideo et recte detur de dolo: de altera sit actio præscriptis verbis quamobrem et hac parte cesset de dolo actio. Hic enim qui fecit, aut laborat ut revocetur factum,

22) Aliter Cujac. et A. Fab. *ad d. L.* 23. et Pac. 2. Q. 84. condicti dari si ex proprio errore solvit *d. L.* 6. *et* 7. non si persuasus ab alio. Sed obstat *L. ult. C. de reb. cred.* Resp. Cujac. *in not. d. L.* 23. ibi ex sua facilitate jusjurandum detulisse heredem. At *d. L.* 23. loqui de legatario, qui ultro jurando persuasit heredi sibi deberi, ubi non tam suo errore deceptus heres, quam fallicia jurantis.

ctum, aut facti cogitatione omissa quod promissum est sibi præstari postulat. Si de revocando facto agitur, ejus revocandi nulla est actio. Non præscriptis verbis, quæ in id tantum est, ut fiat id de quo convenit: non conditio, quia non est conditio nisi ejus, quod reddi potest natura: facta autem infecta fiari non possunt, et præsertim si ancillam manumiserim, ut mihi Pamphilum dares, ubi libertatem revocari non posse constat. Hic ergo si velim revocatum, quod mihi eo facto abest, non alia in eam rem esse possit actio, quam de dolo. Et vero in hanc rem de dolo dabitur sententia diserte comprehensa in *L. cum proponas, C. de dolo.* Quod si malim agere in id quod mea interest, quia non præstas id de quo convenit, quia forte pluris sit Pamphilus qui ex conventione dari debuit, quam ancilla a me manumissa: ne dubitemus ex ea conventione et negotio civili gesto esse actionem præscriptis verbis, cui toties locus est, cum ii contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt. *L.* 2. *L.* 3. *D. de præsc. verb.* Ac proinde etiam hoc casu actio de dolo non dabitur: quod huic edicto convenit. *L. si quis adfirmavit*, §. *Labeo, D. de dolo.* Tantum in hac posteriore parte responsum Pauli nos impedit in *d.* §. *quod si faciam.* Qui generaliter loquens de toto negotio ita definire videtur in utramque partem: quod si faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio; et ideo de dolo dabitur. Ego autem ea verba de priore tantum parte interpretor ad hanc sententiam. Nulla erit civilis actio, intellige qualem supra civilem actionem prius nominavit in toto hoc tractatu *ob rem dati;* ea autem est condictio repetendi ejus quod datum est, ut quid dares aut faceres: et ita, nulla erit in hac specie condictio ad repetendum quod factum est. Ideo de dolo dabitur: nempe hoc ipso casu, in quem alia actio desideratur, et ea nulla est. Plura ad explicationem et confirmationem hujus interpretationis licet ex commentario ipso petere.

XXVIII. Quarta species est, ea de qua in *L.* 1. *C. de dol.* fidejussor rem pignori a debitore obligatam emit a creditore jus pignoris exsequente. Placet hac emptione non ita rem fieri fidejussoris, quin si debitor aut heres ejus pretium ei quandoque offerat, eam rem petentibus restituere debeat. Quod nisi restituat, scriptum est in *d. L.* 1. futurum, ut fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri. At alibi traditur ex hac caussa esse adversus fidejussorem actionem mandati. *L. si mandata*, 54. §. 1. *D. mand.* Et recte, cum inter fidejussorem et mandatorem mandatum interveniat, ut fidejussor solvat, solvendo pignus liberet: non utique sibi et in rem suam, sed debitoris gratia, cui ex bona fide res hic geri debet. Et res ita habet, ut mandati detur in hac specie, et quia datur, non competat de dolo, ex edicto. Neque hoc negatur in *d. L.* 1. Non enim illic dicitur, posse in ea caussa actionem de dolo exerceri, ut illa verba, de dolo, conjungantur cum verbo actio, atque ita conjunctis his verbis efficiatur ea actio de dolo, de qua agimus: sed separantur hæc verba, atque ita separatim dicitur, de dolo in hac specie posse actionem exerceri. Quæ disjuncta indicant aliud his verbis significari, quam actionem de dolo, quæ specialiter ita dicitur: atque illa verba de dolo per se et naturaliter esse accipienda; ut significetur posse in ea caussa agi de dolo, id est, aut de eo quod dolo malo a fidejussore in ea caussa factum est, aut propter dolum, qui in ea re a fidejussore admissus est. Quo modo posteriore accepit Joannes, cujus et sententiam repudiatis omnibus aliis probat [23] Accursius in *d. L.* 1. Recte, et ex usu juris, ubi hæc verba sejunguntur Dicimus enim venditorem re evicta teneri, et conveniri de evictione. *L. cum status, C. de eviction.* cum id significatur, quod alibi passim dicitur teneri eum ob evictionem, seu evictionis nomine. *L. si non injuria, C. de evictionib. L. ex empto*, in pr. *D. de act. empt.* Sed faciamus ita verba esse, posse de dolo actionem exerceri: tamen diceremus cum alii loci, et hoc edictum aperte repugnent, quominus hic detur et mandati simul et de dolo, verba hæc de dolo ita interpretanda, ut diximus. Non diceretur quidem hoc ita usitate: sed tamen proprie, et ex significatione verborum. Et ut fortasse

23) Et Cujac. 3. *Obs.* 37. Pac. 2. Q. 74. qui et hanc L. fugitivam vocant ac P. Bus. 5. *Subtilit.* 16. *et ad L.* 1. §. 4. *et LL. seqq. D. hoc tit. n.* 4. Et probat Cujac. ex verbis *fidei ruptæ*: In directis enim actionibus de fide rupta agitur *L.* 5. *pr. Depos. et simil.* Jacob. Schulcet. *Q. pract.* 7. *n.* 12. *et seq.* putat *in d. L.* 59. §. 1. ex mandato debitoris fidejussorem emisse pignus. At in *d. L.* 1. mandati eum fines excessisse mandatoris incommodo, ideoque mandati actionem saltem quoad eum casum cessare. Cui multa obsistunt: (1) Sic nulla dubitatio quin sit mandati actio. (2) Sic non emisset ut fidejussor: sed ut mandatarius quivis; neque opponeretur extraneo emptori. (3) Non ei offerendum esset omne debitum, sed quanti rem emisset, sive pretium istud majus sit debito (ut plerumque pignoris æstimatio id excedit) sive minus. (4) Finibus mandati excessis incommodo mandantis, non obligatus quidem mandator mandatario, nec actioni mandati contrariæ locus, quatenus excessit, vid. *Lib.* 13. *C.* 12. At actionem mandati directam cessare nemo dicet.

se nec proprie: tamen nihilominus recte hic idem sequeremur. Quod enim præcipitur a proprietate verborum recedi non oportere: ita temperatur, ut non oporteat in re dubia. In re autem certa placet id sequendum, quod qui loquitur, voluit. *L.* 1. §. *licet*, illic, *in re igitur*, *D. de extraord. act.* Desinit autem in proposito dubium esse, quid sequamur, cum sine manifesto vitio actionem de dolo interpretari non possumus. Certi enim juris præceptio est in ambigua voce legis eam significationem capiendam esse, quæ vitio caret, cum voluntas legis ex hoc colligi possit. *L. in ambigua*, *D. de legib.*

XXIX. Quinta species est, quæ proponitur in *L. si fidejussor*, *D. de dolo.* Debitor animal stipulanti promisit, et in eam caussam fidejussorem dedit. Fidejussor animal promissum occidit sciens dolo malo, qua ex re etiam jure ipso liberationem consecutus est. Eo enim interitu, qui sine culpa debitoris contigit, factum est, ut debitor liberaretur. *L. si ex legati*, *D. de verb. obl.* Quo liberato necesse est liberari et accessiones, puta fidejussores et pignora. *L. in omnibus speciebus*, *D. de solut.* Quæ ergo hic actio adversus fidejussorem ob rem dolo ejus amissam? Et Papinianus in *d. L.* si fidejussor. *de dolo actionem*, inquit, *reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt.* At aliis locis compluribus constanter traditum est utilem in hac specie actionem ex stipulatione adversus fidejussorem dari. *L. mora*, §. *ult. D. de usur. L. cum filiusfamilias*, *L. mora*, *D. de verb. obl.* Et reddit rationem Paulus in *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *D. de verb. obl.* quia iniquum sit quemquam suo facto liberari. Et observandum est Papinianum supra cum actionem de dolo reddi debere scripsit, referre in eo Neratii et Juliani sententias. Dubium est, an probarit. Et probasse etiam diceremus, si de ejus sententia nihil aliunde constaret. Quorsum enim retulisse, nisi ut his uteretur. Nunc autem exstat hujus ipsius Papiniani responsum in *L. Stichum*, in fin. pr. ubi repudiata actione de dolo in hac specie fidejussorem ex stipulatu actione teneri scribit. Ex quo intelligimus, quod supra retulit superiorum sententias, sic accipi debere, ut retulerit tantum, non [24] probarit. De quo scripsi plura ad *d. L. cum filiusfamilias*, *D. de verb. oblig.*

XXX. Sexta et postrema species est ea, quæ refertur in *L. servus*, §. *ult. D. de dolo.* Persuasit debitor heredi socii sui sibi nullam societatem fuisse cum defuncto: proinde nihil se ex ea caussa defuncto debuisse: quam ob caussam et heres eum debitorem judicio absolvi passus est. Scribit Paulus his verbis: dandam heredi eo nomine de dolo actionem Julianus scribit. Contra idem Paulus in eodem fallaciæ et liberationis genere scribit in *L. cum a te*, *D. eod. tit. de dolo*, placuisse de dolo actionem adversus debitorem non dari, quia alio modo succurri creditori possit. Nam eum ex integro agere posse, et si objiciatur exceptio rei judicatæ, replicatione jure usurum. Hic licet idem respondere, quod supra, cum Paulus in hac specie prius respondit actionem de dolo dandam Julianum scribere, retulisse quidem eum Juliani in eo sententiam; sed [25] non probasse.

24) Ita et noster *ad L.* 49. *de V. O. n.* 9. et A. Fab. 2. *Conject.* 12. *ad d. L.* 19. Sed melius forte resp. Bart. dist. an obligatio pura vel purificata eo tempore quo occidit, ut tunc constituatur in mora et teneatur ex stipulatu: an in diem, aut sub conditione, quæ nondum venerit, ubi non in mora constituatur, et proinde de dolo actio. Facit *L.* 127. *de V. O. L.* 88. *de R. I.*

25) Inane effugium. Nec melius Baro *ad d. L.* 20. inter veteres non convenisse et compositores utramque sententiam, tanquam nihil incommodi habentem, reliquisse. Imo vero hoc ipsum sat incommodi esset, quod diversæ relictæ. Cujac. 22. *Obs.* 15. In specie *d. L.* 20. §. *ult. item L.* 7. §. *pen. L.* 14. *L.* 21. h. t. *res judicata*, *ait*, *omnimodo liberat debitorem*, qnia non *quod solverit*, *reus absolutus*; sed *quod debitor non fuerit.* Et hic sententia lata ipso jure peremit obligationem. Unde necesse est dari actionem de dolo, ne deceptus maneat actor, nisi paratus sit reus ex integro judicium idem subire, quo absolutus est *d. L.* 7. §. *pen.* Male, quia sententia ipso jure non tollit obligationem §. 5. *I. de except.* Et si sublata: quomodo vel parato suscipere reo intentari poterit? Neque enim nuda partium voluntate restituetur. Eodem tendit resp. Pac. 2. *Q.* 83. talis: Conveneris pristina actione *d. L.* 25. scilicet si paratus es eam suscipere. Quod si renuis, de dolo *d. L.* 20. Atqui non est in potestate rei conventi suscipere actionem velit necne; sed, si modo jure in eum datur, invitus cogitur. Hoc discrepant hæ solutiones quod Cujacius regulam ponit actionem de dolo dari, nisi reus veterem actionem postulet. Contra Pac. actionem veterem dari, nisi reus eam recuset. Videtur mihi Pac. sectari voluisse Cujacium, nec illius mentem perfecte assecutum. Firma solutio Ant. Fab. ad *d. L.* 20. In specie *d. L.* 20. dolus quidem caussam dedit rei jndicatæ; ea tamen non a dolo, sed potestate judicis vim accepit, nec exceptioni rei judicatæ replicatio doli objici potest arg. *L.* 25. §. 3. *ex verbis doli post secuti de cond. ind.* junct. *L.* 20. *C. de trans.* (quod et probat Henr. Sucrin. *Rep. Lect. C.* 13. arg. *L.* 15. *de exc.* quia contra exceptionem jurisjurandi non datur. Sed non firma illatio per *L.* 2. *de Jurejur.*) In specie autem *d. L.* 25. ex consensu actoris, sic ipsa verba habent, dolo tamen decepti absolutio sequuta. Ergo exceptio rei judicatæ quæ non tam ex judicis auctoritate, quam voluntate litigatorum nascitur, eliditur replicatione doli. Objicitur et *L.* 9. §. 4. *d. t.* ubi actio de dolo junct. *L.* 69. *de sol.* ubi ex eadem caussa actio judicati. Resp. Pac. 2. *Q.* 80. *et* 7. *Q.* 43. et Ant. Fab. ad *d. L.* 9, §. 4. dist. Si post condemnationem noxæ datus servus pigneratus, ut *d. L.* 69. datur actio judicati. Sin ante sententiam, non potest agi ex judicato contra eum, qui absolutus, sed et veteri actioni intentatæ obstat exceptio rei judicatæ, quæ non eludi potest doli replicatione, quia dolus non in judicato extorquendo, sed noxæ deditione admissus. Aliter Ræv. 3. *Var.* 7. pro *ita* legens *it*, et voculam *absolutus* ad servum referens, quia ut servus condemnatus duci, ita absolutus ire jussus. Nec quoque pugnant *L.* 34. *h.* t. *et L.* 16. *pr. de præscript. verb.* Non quia in *d. L.* 54. sumptus tantum ante exemptionem facti; nec dum exemerit cui fodere permissum, ut Ant. Fab. *ibid.* et Pac. 2. *Q.* 86. quia si exemit, ait, traditione confirmata est donatio et dominus ille effectus; Unde Ant. Faber hodie aliud esse, post *L.* 25, *C. de don.* postquam ex pacto donationis actio competit. Nec quia in specie *d. L.* 34. fodere tantum concessum, non autem effossum tollere, ut Marq. Freher. 2. *Parerg.* 7. Sed quia d. *L.* 34. vel precaria est concessio, vel nudo pacto, nihilo vicissim onerans alterum. At in *d. L.* 16. contractus mutuæ præstationis. Nec contrariæ sunt *L.* 18. §. 2. *h. t. et L.* 5. *in fin. Quib. mod. us. fin.* vid. *supra Lib.* 10. *C.* 18. *N.* 4. Nec *L.* 35. *h. t. et L.* 42. *ad L. Aq.* vid. *supra N.* 2. Sed quid necesse est diversis solutionibus ad

se. Id autem liquere ex *d. L. cum a te.* Nam cum sit utriusque loci auctor idem Paulus species utrobique ita facto diversa, ut fallaciæ et absolutionis genere sit eadem; adde cum et responsum utrumque sit ex *eodem libro* Pauli *undecimo ad edictum*: nemo dicet Paulum in ea re, cujus recens esset memoria, tam vel imperite, vel obliviose a seipso dissensisse. Rata est igitur hæc sententia et conceptio edicti, nunquam aliter de dolo actionem dari, quam cum alia ratio rei servandæ nulla est, nec fuit, quæ modo actoris culpa sit amissa. Quod si hæc concurrent, tum potest locus esse ei actioni.

XXXI. Nondum tamen satis ad actionem. Quarta conditio edicto adjicitur, si etiam justa caussa esse videbitur. Quibus verbis non hoc exigitur, ut ab eo qui dolo malo quid factum esse dicit, cui non objicitur aliam actionem de eo competere, aliqua præterea justa caussa adferri debeat jure cognita, quo detur actio de dolo: sed ut ne sit aliqua justa caussa ab adversario, quæ efficiat, quone detur. Et in summa semper justa caussa esse videbitur de dolo agendi hoc ipso, quod dolus admissus est, et de eo non est alia actio, nisi qua caussa objicitur, cur ista actione agi non debeat. Ea vero caussa duplex est. Una ex re petita: altera ex personis inter quas agitur. Ex re, ut ne actio de dolo detur de modica quantitate. Modicam autem hic intelligimus, quæ non excedit [26] duos aureos. *L. si quis adfirmavit*, §. *ultim.* et *L. seq. D. de dolo.* Ex personis, ut ne detur hæc actio neque liberis adversus parentes, neque [27] libertis adversus patronos, neque humili adversus eum qui dignitate excellet, puta plebejo adversus magistratum, aut consularem, neque vili, ut luxurioso aut prodigo adversus vitæ emendatioris homines. *L. non debet, D. eod.* Quod ergo, quia modica summa erit, quæ dolo malo detracta est, quia superiores personæ, quæ dolum admiserint; ideo qui deceptus est rem suam amittet, et hactenus licebit fraudare impune? Minime. Jus enim comparatum est, ut prohibeat, non ut tueatur injurias. Juris denique finis hic est, suum cuique tribuere; neque hic distinguitur, magnum id sit, an parvum, multoque minus quis cui quid detrahat. *L. justitia, D. de just. et jur.* Ideo etiam minimum damnum sarciendum esse [28] placet, et de eo æque ac de magno semper actio est ex iisdem caussis. *L. si proprietarius*, 22. *D. de damn. inf. L.* 1. §. *illud*, *D. de conjun. cum emanc. lib.* §. *gallinarum*, *Inst. de*

diversas legum pugnas, in hoc articulo nos maceremus, si una omnes dirimendi ratio suppetit, adeoque una fidelia plures dealbare parietes licet. Eam suppeditat Jac. Schulth. *Pract. Q.* 7., scribens, si alia actio quadamtenus competit, nec ea satis salva actori res sit; tunc quasi cuncta alia remedia deficerent, actionem doli ad id quod reliquum est, quodque illa actione consequi non licuit superesse: Rationem ejus rei reddit, quod quoties actiones plures concurrunt, si leviore prius actum: ad id quoque quod amplius est in altera agi possit *L.* 41. §. 1. *de O. et A. et simil.* Atque sic accipiendas esse omnes LL. quæ in eadem specie nunc doli actionem, nunc aliam civilem tribuunt. Ubique enim, aut aliter, aut minus ista alia actione, quam hac nostra obtineri, idque leges illas intuenti et naturam cujusque actionis expendenti promptum fore. Sed probet hæc qui volet, mihi non imponet. Verum sane, quoties alia quidem actio, sed qua non plane actori prospicitur; eidem succurri actione de dolo ad recipiendum quod abest, seu extra id quod priori actione consequi potuit. Nec necesse est id valde contortis rationibus ex *L.* 1. *C. de dolo et L.* 59. §. 1. *Mand.* (quarum sensum vereor, ut vir doctissimus sit assecutus, vid. *supra N.* 23.) colligi, cum satis clare ex his ipsis legibus liqueat, quæ actionem de dolo denegant, si sit alia actio vel remedium, quo res ab eo qui decepit, aliove servari potest, *L.* 2. *L.* 4. *h. t.* Contra, si servari nequeat, concedunt, etsi vere alia actio sit ut si inopia adversarii inanis *L.* 5. *et* 6. *L.* 7. §. 9. *in fin. hoc tit.* Idem igitur erit; si ex parte servari nequeat per *L.* 76. *pr. de R. V.* Nec ullus ideo concursus actionis de dolo cum alio remedio. Eum quippe re ipsa Prætoris verba penitus negant, ut perquam inconveniens sit ratio, ex regula *L.* 41. *de O. et A. et simil.* ducta, ei enim locus ubi plures actiones competunt; seu in eandem rem jure constitutæ sunt: ubi quandoque omnibus experiri licet, quandoque una, sed quam eligit actor, vid. *infra Lib.* 21. *C.* 3. At actio doli non nisi in defectum alterius, et quatenus deficit vel inanis est, (quæ juris interpretatione pro nulla habetur) prodita *dd. LL.* Nec igitur si ponas non integrum consequi posse actorem actione alia: liberum ei erit, illa omissa, hac protinus experiri, sed siquidem illa contra alium, quam qui dolum admisit, is prius conveniendus, et deinde de residuo qui decepit; arg. *d. L.* 5. *et* 6. *hoc tit. junct. L.* 76. *de R. V.* Sin aliud in remedium contra ipsum dolosum rationis erit, ut et tunc illud prius intentetur, tametsi ponas solidum illo consequi non licere. Quanquam tantum abest ut omnium in prioribus adductarum et conciliatarum legum speciebus minus alia actione, ut Quod metus caussa, Mandati, ex stipulatu, condictione indebiti, præscriptis verbis, judicati etc. consequi actorem potuisse mihi Scultetus persuadeat, ut vix videam qui extra casum inopiæ rei facile venire possit, ut istis actionibus conventus, ex caussa doli admissi, non plene indemnem præstare actorem teneatur; maxime in bonæ fidei judiciis, cujusmodi, Mandati. Casu autem inopiæ posito nihilo plus tribuet hæc doli actio, quam quod pudorem rei magis onerabit. Quod si in consideratione esse velis jam concursum actionis de dolo cum omni non famosa, contra ipsissima verba ac mentem Prætoris et prudentem admittes. Hoc forte dare possem beneficio jusjurandi in litem *L.* 18. *pr. hoc tit.* quandoque plus consecuturum hac experientem, quam si alia daretur, in qua illi jurijurando locus non esset. Sed præterquam quod hanc rationem non omnibus istis legibus accomodabis, quia imo in plerisque illis actionibus in litem juratur: hoc notandum, quod non ea conditione concedatur hæc actio: si alia actione non *tantundem consequi* licebit, sed hac: si alia actione *res servari* non poterit. Sufficit igitur ad hanc excludendam, si alio modo extra damnum deceptus esse possit, veritate inspecta, non affectione. Verumtamen etsi largirer ac probatum esset, quod nunquam, opinor, probabitur, sæpe istis actionibus, licet hæc caussa doli agatur, rem non æque integram, atque hac actione, servari, reus tamen illo alio remedio conventus, quod ex dictis prius intentandum, audiendus foret, si paratus sit integrum, quo actori satisfiat, priori judicio exsolvere arg. *L.* 7. §. 9. *h. t.* Quid quod nonnulli statuant etiam in actionibus, quæ vere concurrunt, ut Commodati, et L. Aquiliæ, si leviore prius actum sit: superflui quoque quod in altera est rationem a judice habendam, nec deinde, posteriori experiri licere, Frid. Hortleder *de Concursu act. realis meræ et pœn. mist. C.* 4. de quo quid sentiam alibi. Et miror plane qui asserere ausus sit Vir Cl. in omnibus illis actionibus minus impetrari, quam actione doli, idque discussa cujusvis natura apparere. Nam ut reliquas mittam, in actione certe. Quod metus caussa hoc et inauditum et a jure penitus alienum puto. Inquies; non simpliciter dicit *minus*, sed *aut aliter aut minus.* At inquam ego, istud *aliter* aliquid monstri alit, quo quid sibi velit, exprimere debuit. Quicquid velit conditio, sub qua actio doli tribuitur talis: Si alia actione res servari non poterit: non, *eodem modo* salva non erit. Finis ubi obtinetur de mediis non curatur. Et vix sane in actione doli modus obtinendi erit facilior, cum probatio doli sit difficillima.

26) Non enim expedit hominis præcipuum bonum ob rem diabolarem vitiari, Marq. Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. C.* 7. *n.* 6. Et dolus vix considerari potest in tam vili summa: quod non evenit in furto, ideoque id etiam rei minimæ ait Menoch. 2. *Arb. Cas.* 72. n. 12.

27) Quod et ad vasallos extendunt Freher. *d. C.* 7. *n.* 5. Wes. *de Feud. C.* 10. *n.* 15. vid. Vult. *Lib.* 1. *de Feud. C.* 11. *C. n.* 27. *pag.* 687.

28) Cujac. et A. Fab. *ad d. L.* 9. §. *ult.* Zas. *in Parat. h. t. n.* 19. Quid enim si pauper duos tantum aureos in bonis habuerit Jac. Gurr. *ad L.* 2. *C. de resc. vend. pag.* 111.

de rer. divis. Et de personis egregia est sententia Pii Antonini, nulli hominum jus suum detrahi oportere. *L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel al. jur.* Quid ergo hic fiet? Et ex hac ratione additum est in *d. L. non debet*, in fin. *de dol.* in supra scriptis personis dicendum esse in factum verbis temperatam actionem dandam, ut bonæ fidei mentio fiat id est, ita dandam in id quod factum est, ut factum temperetur verbis, detracta doli mentione. Quo exemplo et de modica summa idem admittemus.

XXXII. Hactenus caussa exposita est hujus actionis. Ex hac caussa actio de dolo. Ea actio in personam est, utpote non de re nostra quem vindicemus, sed de eo quod nostra interest, ut mox dicetur. In quo est pecunia aliena, quam nobis dari oportet. *L. si quis ab alio*, in pr. et fin. *D. de re judic.* Et quod in personam est, indicat esse adversus eum, qui nobis obligatus est. *L. actionum*, *D. de oblig. et act.* Actio igitur ex obligatione. Unde ergo obligatio? nempe ex maleficio, ut superiores. Est enim dolus non delictum tantum, sed et crimen non leve. Sic vocatur in *L. ex contractibus*, *D. de obl. et act. L. item*, *D. de dolo.* Ut ei cum obligationi, tum actioni non alibi, quam in hoc genere obligationum, quæ ex maleficio sunt, de quibus agimus, locum adsignari oporteat.

XXXIII. Quæ contineat hæc actio, communia cum cæteris hæc esse diximus: rem cujus petitio est; personas inter quas agitur; tempus actioni præfinitum. Petitio et intentio hujus actionis hæc est, ut quod dolo malo amissum est, restituatur arbitrio et jussu judicis. Quem ideo jussum præcedere oportet, et spatium ad restituendum dari, uti res postulabit, ante quam perveniatur ad sententiam. *L. arbitrio*, *D. de dolo.* In quo cum contineatur eadem restitutio, qualem exigit actio quod metus caussa, quæ illic de restitutione rei actioni conveniente diximus, eadem hic locum habebunt omnia. Ni res restituitur, sequitur sententia et condemnatio actionis propria. *d. L. arbitrio*, quæ cum pendeat ex arbitrio, id est, ex eo, quod arbitrio peritum non est: intelligi debet non minus hanc actionem quam illam quod metus caussa esse arbitrariam. Est autem condemnatio in id quanti ea res est, seu quanti interest actoris. *d. L. arbitrio*, in pr. et §. 1. Quod quidem si simpliciter diceretur, quanti vere res est, non quanti ex affectu, his verbis contineri intelligeremus. *L. si servum*, *D. ad leg. Aquil.* Nunc ne id sic accipiatur, subjicit Paulus in *d. L. arbitrio.* Ideo et hic, et in metus caussa actione certam quantitatem non adjici, ut possit per contumaciam suam reus condemnari, quanti actor in litem juraverit. Quo significatur, totum hoc quanti ea res est, quanti actoris interest; non ex vero æstimari, ut necesse sit actori probare, quanti vere res sit: sed æstimationem hanc litis jurijurando ejus in litem committi, ut fit in omnibus actionibus, in quibus quid restituendum est arbitrio judicis. *L.* 2. §. 1. *L. actionibus*, *D. de in lit. jur.* Quid si, quo tempore reus jubendus est restituere, constet rem quæ restituenda erat, denisse esse in rebus humanis? Frustra ad eam rem interponatur arbitrium judicis, ubi certum sit nihil esse quod restituatur. Ideo hoc casu protinus damnari debebit reus, inquit Paulus, in id quod actoris interest. *d. L. arbitrio*, §. 1. Quod tamen non hanc significationem habet, quasi tam de eo quod sua interest, probare actor debeat magis quam cum res exstat. Nam et tunc quoque ob dolum [29] juratur in litem. *d. L. in actionibus, de in lit. jur.* Quinimo etsi amissa res esset tantum culpa actoris, idem placeret. *d. L. in actionibus*, in fin.

XXXIV. Personæ in hac actione ita sunt. Datur hæc actio ei, cujus interest dolo quid factum non esse. Nusquam hoc diserte expressum. Sed hinc satis intelligitur, quod actione id agitur, ut quod dolo amissum est, restituatur: nisi restituitur, in id quod actoris interest. *d. L. arbitrio*, *D. de dolo.* Ut autem cuiquam hæc præstentur, non cadit in alium, quam in eum cui quid amissum est, et cujus interest dolum admissum non esse. Proinde huic actionem dabimus. Exigitur tamen hoc amplius in edicto, ut qui agit, comprehendat qua in re deceptus sit, et non dicat infinite se in eo, de quo agitur dolo deceptum esse, ne in tanto crimine vagetur. *L. item*, *D. de dol.*

XXXV. Datur hæc actio adversus eum, cujus dolo factum est id, de quo agitur, non ut actio quod metus caussa [30] adversus alium, *L. sed et ex dolo*, §. *ult. de dolo.* Itaque non est hic anxie quærendum, deturne hæc actio adversus municipes, decuriones, pupillum. Solum hoc videndum, in quo sit

29) De quo, quod multas difficultates movet A. Faber, expediam forte infra *Lib.* 26. *C.* 18.

30) Ratio differentiæ. Cui metus infertur caussam ignorantiæ justam habet. In ea namque mentis trepidatione sæpe nescit a quo patiatur. Ergo non debet adstringi ad designandas res, exprimendas personas. Duar. *h. t. C.* 2. Ant. Fab. *ad. d. L.* 15. §. ult.

sit dolus, in quo non sit. Si quis doli capax est, et dolum admisit, hac actione tenetur, quisquis is erit. Si quis capax non est doli, aut dolum non admisit, non tenetur. *L. heredibus*, §. *ultim.* et 2. *LL. seqq. D. de dol.* Aliter, ut dixi, actio quod metus caussa, quæ non tantum datur adversus eum, qui metum fecit, sed etiam adversus omnes, qui ex metu aliquid lucri senserunt. *L.* 9. §. *ultim. L. item*, §. *in hac*, *D. quod met. cau.* Quippe hæc famosa non est; actio de dolo est famosa: ut non temere constituenda fuerit adversus alium, quam qui decepit.

XXXVI. Excepti sunt hoc loco heredes de eo quod ad eos pervenit. *L. in heredem*, *D. de dolo*, item domini omnes, ad quos aliquid pervenit ex dolo eorum, qui ipsorum negotia administrant. Ut ex dolo tutoris tenetur pupillus, ex dolo syndici municipes, ex dolo [31] procuratoris dominus, ad quem ea negotia pertinent. Omnes isti quatenus ad eos pervenit, seu quatenus locupletiores facti sunt, ne alieno scelere ditentur. *L. sed et ex dolo*, *D. de dol.* Obligatione hinc primum nata, quod si conventi de eo, quo locupletiores ex supra scripta caussa facti sunt, id non restituant, alieni delicti sese participes constituere intelliguntur, dum idipsum retinendo quodammodo auferunt.

XXXVII. Tempus actioni de dolo præstitutum olim annus utilis fuit, idest, is qui constaret suis quidem diebus, sed utilibus, intellige ad agendum, idest quibus experiundi potestas esset; nunc [32] biennium continuum ex constitutione Constantini. *L. ultim. C. de dolo.* Quo in tempore singularia duo Constantinus constituit digna animadversione: quorum alterum ad præfinitionem hujus temporis pertinet: alterum ad finiendam intra hoc tempus actionem. Utrumque ideo animadvertendum diligentius, ut cum audiemus adversari utrumque regulis juris communibus, meminerimus singulare hic jus esse, in quo ab illo jure communi recedatur. Præfinitione hujus temporis hoc novum; quod præter exemplum aliarum actionum, quæ ex maleficio nascuntur, pro anno utili constituit biennium continuum, in quo computentur omnes dies singulorum annorum continui, etiam quibus experiundi potestas non fuit. Sed hoc minus a ratione juris recedit. Nam cum pro uno anno vetere constituerit duos, non erit iniquum, ut qui numero annorum augebat tempus, etiam hac parte minueret, ut in eo continui tantum dies numerarentur. Et fuit utile ita constitui tollendarum controversiam caussa, quæ ex eo nasci solent, dum ambigitur, quibus diebus agere potuerit actor, quibus non potuit. Quam disceptationem invehi in annos et dies utiles necesse est.

XXXVIII. Illud videri possit durius, est certe plane singulare, quod constituit, ut hoc tempus statim cedat ex eo die, quo dicitur dolus admissus, idque sive absfuerit, sive præsto sit is, qui dolum se passum esse conqueritur: atque adeo sive cognoverit is dolum amissum esse, sive ignoraverit. Unde eveniet, ut si animal a domino promissum ab alio occisum sit dolo malo, quo casu et debitorem statim liberatum, et eum qui occidit creditori ob rem amissam de dolo teneri diximus. *L. arbitrio*, §. *ultim. D. de dolo.* Si proponas id factum ignorante creditore, qui biennio demum exacto cognoverit id factum esse: is postea de dolo agere non possit ex superiore constitutione: quia illi tempus etiam ignoranti cesserit, et finita sit actio.

XXXIX. Hic objicitur *L.* 3. *C. de dolo.* Ubi Gordianus negat in actione de dolo computari ea tempora, quibus deceptus Reipublicæ caussa abfuit: sed exinde incipere illi tempus cedere, ex quo muneribus publicis liberatus facultatem agendi intra præstituta tempora cœpit obtinere. Sed Gordianus rescripsit convenienter suis temporibus, quibus adhuc actio de dolo intra annum utilem constituta erat. Hoc anno posito vere definietur, non esse in hoc anno computanda ea tempora, quibus experiundi potestas non fuit: ut sunt ea quibus quis abfuit Reipublicæ caussa. *L.* 1. *D. de divers. temp. præs. L.* 2. *D. quis ord. in bon. poss. ser.* At hunc annum sustulit Constantini constitutio, ac pro eo continuit biennium continuum, et ne qua essset dubitatio, etiam eos dies quibus agendi potestas non est, hinc eximi vetuit. Ergo, dixerit aliquis, hæ leges contrariæ sunt. Justinianus autem vetat ullum in sua legislatione contrarium admitti. *L.* 2. §. *contrarium*, *C. de vet. jur. enucl.* Sane vero has leges contrarias esse negari non potest, cum quod una computari negat in actione de dolo, altera nominatim computari jubet. Neque id admittere reformidare de-

31) Alias Procurator ex suo dolo tenetur ipse, non qui ei dedit mandatum etsi generale, qui non ideo fecit potestatem delinquendi. *L.* 10. *C. de Proc.* Duar. *h. t. C.* 2.

32) Vid. Duar. *h. t. C.* 4. Cujac. *de Div. tem. præs. C.* 21.

debemus propter id quod Justinianus scibit de contrariis non admittendis in *d. L.* 2. §. *contrarium.* Loquitur enim de locis qui sunt in Pandectis seu Digestis, in quibus negat ullum contrarium inventum iri. Non idem diceret de constitutionibus Codici insertis: ubi manifestum est innumeras esse constitutiones posteriores contrarias prioribus, et ad emendationem priorum consulto positas. Qualis est hæc Constantini, de qua loquimur: in qua diserte se anno utili sublato in hac actione biennium continuum induxisse tale quale diximus. Et tamen si quem hæc religio [33] tenet, ut ne hic quidem audeat ullum contrarium admittere, sed malit leges priores trahere ad posteriores, et contra, ut præcipitur in *L. non est novum*, et *LL.* 2. seqq. *D. de legib.* Etsi hoc ita præcipitur, nisi sint leges contrariæ. *L. sed et posteriores, D. de legib.* tamen licet in his gratificari in hac re, et *L.* 3. *C. de dolo*, ita interpretari, ut dicamus ei qui Reipublicæ caussa abfuit, in actione de dolo non computari ea tempora cum effectu: neque obstare legem Constantini, quæ hæc tempora imputari vetat. Sane enim summo jure ex hac lege Constantini ea tempora decepto cedent: sed potest impetrare in integrum restitutionem, ut sibi dies amissi restituantur, quibus necessario Reipublicæ caussa abfuit, ex ea parte edicti, quæ est de iis caussis, ex quibus majores in integrum restituuntur. *L. sed etsi*, §. *ult. D. ex quib. caus. maj.*

XL. Non minus singulare est in hac lege Constantini, quod is constituit non tantum ut ne post biennium id quale descripsit instituere quis possit actionem de dolo, sed etiam ne ante cœptam possit ultra biennium exercere. Denique ut quamvis quis intra biennium jure suo usus cœperit judicio agere de dolo; nihilominus tamen et post biennium actio finiatur. Atqui de omnibus actionibus generalis hæc juris constitutio est, ut nemo litem contestando deteriorem conditionem suam faciat, sed meliorem. *L. non solet*, *L. nemo enim*, *D. de reg. jur.* ita omnes actiones ante temporales litis contestatione perpetuas fieri. *L. ultim.* in fin. *D. de fid. tut.* Et res ita habet, nec dubium est, quin in hoc numero etiam olim habita fuerit actio de dolo. Sed superiore constitutione hæc actio ex eo numero exempta est: ut solum hanc liceat dicere, quæ litis contestatione non perpetuetur, singulari admodum, ut apparet, jure. Quæ omnia partim ob gravitatem hujus judicii constituta sunt, partim quod biennio ei actioni dato, satis id temporis esse visum est ad actionem exercendam. Et certe si actoris culpa factum est, quo minus intra id tempus finiretur: habet, quod sibi imputet. Si actoris dolo etiam in hanc rem nova actio de dolo dabitur ei, qui in actione eximenda dolum passus est. *arg. L.* 4. *C. de trans. L.* 1. §. *antep.* in fin. *L. arbitrio*, §. *pen. D. de dolo.* Sin dolo judicis, erit ea pœna, quæ adversus ejusmodi facta judicium constituta est in *L. properandum*, §. *sin autem utraque, C. de judic.*

XLI. Post biennium an detur hæc actio saltem in simplum, quanti vere ea res est, de qua agitur, dubitari potest. Nam quod metus caussa actionem ita dari constat, *L. item*, §. 1. *D. quod met. caus.* ut possit quis similitudine ductus in hac actione idem juris esse existimare. Sed hoc rursum differt hæc ab illa actio, quod ne in simplum quidem datur olim post annum utilem, nunc post biennium. Tantum hactenus dabitur, quatenus ad eum qui dolo fecit [34] pervenit, ne ex dolo suo lucrum sentiat. Hoc quidem jus olim fuit post annum utilem, intra quem actio erat constituta. *L. itaque*, in fin. *D. de dolo.* Erit igitur etiam nunc post biennium Constantini: quia et hic eadem æquitas est, ne ex dolo suo lucretur. Et præterea ita est Constantini lex, ut in tempore actioni præfiniendo solum pro anno utili substituat biennium. Ita cum sequens tempus non attingat, pro eo tempore idem jus esse necesse est. Quod si ad fraudatorem nihil pervenit, ut olim post annum, sic hodie post biennium nulla omnino actio decepto superfutura est. Finge ergo debitorem fallacia aliqua consecutum, ut liberaretur a creditore, ut est species in *L. quidam*, *D. de dolo.* Hic perpetuo tenebitur fraudator debitor et heredes ejus; quia ad eos liberatio pervenit, qua etiamnum locupletiores sunt. At si proponas animal a domino promissum ab alio occisum esse, ubi debitor non minus liberatus est, et supra adversus eum qui occidit de dolo actionem dedimus: post biennium nulla hic actio supererit eo nomine; quia ad fraudatorem nihil pervenit. *d. L. itaque*, in fin. *de dolo.*

CAP.

33) Mihi certe est, qui dicere malo in *d. L. ult.* esse regulam seu extensionem etsi absint, ait in *d. L.* 3. exceptionem seu restrictionem præterquam Reipublicæ caussa. Illis enim intacta potius jura servari quam restitutione in integrum succurri, et expedit *L. ult. C. In quib. ca. in int. rest.* et publice utile est, ne necessaria absentia et officium Reip. impensum ipsis officiat.

34) Actio in factum Wes. *in Par. h. t. n.* 8. Duar. *h. t. C.* 1. Goth. *L. ult.* C. *h.* t.

CAP. XLII.

De his quæ in fraudem creditorum itemque patroni alienata sunt: illic Pauliana actione prodita: hic Faviana seu Calvisiana.

Est ex alieno dolo actio Pauliana, et Faviana. I.
Pauliana quid sit. II.
Faviana, seu Calvisiana quid. III.
Utraque quomodo ex maleficio. IV. II.
De utraque quo auctor loco disseruerit. V.

I. ATque hæc de dolo actio est, qua tenentur ii, qui ipsi dolum admiserunt. Sunt, ut proposui, et ex alieno dolo quædam actiones proditæ, partim adversus eum, qui particeps fraudis, ea fraudatione locupletior factus est: partim adversus eum qui inde tantum quid accepit, quanvis ipse nihil dolo admiserit. Sed hæ non ex omnium dolo, sed paucorum: neque de omnibus rebus, sed paucis et certis.

II. Prioris generis actio est Pauliana, ea est, quæ competit creditoribus de iis, quæ in fraudem eorum a debitore alienata sunt. *L. videamus*, 2. §. *in Faviana*, *D. de usur.* Hæc etiam in accipiente fraudis participationem exigit, ut merito dicatur esse etiam ex dolo. *L. ait*, in pr. §. *D. quæ in fraud. cred.*

III. Posterioris generis, est quæ dicitur Faviana et Calvisiana. (Nam hæc unius et ejusdem actionis nomina sunt. *L.* 1. §. *si tribus*, *D. si quid in fraud. patr.*) ea est prodita de rebus in fraudem patroni alienatis, de qua Titulus *si quid in fraud. patr.* daturque etiam in eum, qui fraudis conscius non fuit. *L.* 1. §. *dolum*, *D. eod.*

IV. Ex maleficio tamen ejus, cum quo agitur: qui si admonitus rem alienatam in fraudem patroni, tentat eam retinere adversus patronum fraudatum, dolo retinere incipit.

V. Vide quæ de utroque genere scripsi ad §. *item si quis in fraudem*, *n.* 5. *et* 7. *Inst. de act.* Cætera ex ipsis titulis, qui sunt de his actionibus petentur.

CAP. XLIII.

De obligationibus, quæ quasi ex maleficio nascuntur.

I. VEntum est ad quartum et postremum genus earum caussarum, ex quibus obligationes nascuntur, quod quasi maleficium vocamus: ex quo eæ obligationes, quæ quasi ex maleficio esse dicuntur. De quibus in *Inst. tit. de obl. quæ quas. ex del. nas.* et *L.* 5. §. *pen. et ultim. D. de oblig. et act.*

II. Quasi maleficium vocamus factum omne, ex quo qui convenitur, dici non potest id deliquisse, quod in maleficium cadat, fecit tamen, quod sit maleficio finitimum. Quo ex genere quædam notata sunt edictis prætorum, et vindicata publicæ utilitatis caussa: Id factum quodnam sit, et quale, genera exposita declarabunt.

III. Horum factorum, quæ quasi maleficia appellamus, duo genera sunt. Unum, cum quis quid fecit, quo facto nemini nocuit, factum tamen ita comparatum est, ut possit publice nocere. Alterum, cum quid factum est, quo nocitum est alteri: sed ab alio, quam ab eo, qui ex hac caussa convenitur, ubi ejus qui convenitur, solum coercetur negligentia, aut quid negligentiæ proximum.

IV. Prioris generis unum factum est vindicatum edicto prætoris. Id tale est, cum quis supra eum locum, qua vulgo iter fieri solet, aut in quo consistitur, id positum habet, quod possit, si ceciderit, nocere. In eam rem adversus eum qui positum habet, pœna decem aureorum constituta. *L.* 5. §. *prætor*, *D. de his qui effud. vel dejec.* §. 1. *Instit. de oblig. quæ ex quas. malef. nasc.* Hanc actionem perspicuum est ex maleficio non nasci. Nam si recte definivimus, maleficium esse omne factum, quo male fit, id est, nocetur et detrahitur alteri: necesse est hoc factum suspensi et positi maleficium non esse, ubi eo facto nulli adhuc noceatur. Sed factum est maleficio proximum. Est enim ejusmodi quod positum est, ut possit publice nocere: sed et metum periculi incutit prætereuntibus, atque hoc modo suam quodammodo securitatem aufert civitati. Et merito dignum id factum visum est animadversione. Nam ut publice utile est nullum ejusmodi casum intervenire, qui prætereuntibus noceat, ut possit sine metu et periculo per itinera commeari; ita et illud utile, ne ejusmodi quid eveniat, jam multo ante pœna proposita prospicere. Quod prætori in hoc edicto et sequenti propositum fuisse scribit in *L.* 1. in princ. *L.* 5. §. *prætor*, *D. de his qui effud. vel dejec.* Sed cum hæc actio sit de eo, in quo nulli nocitum est, cui tandem dabitur? Cuivis e populo, qui hanc summam decem aureorum petet; unde hæc actio dicitur popularis. *d. L.* 5. in fin. *de his qui effud. vel dejec.* Est autem popularis, quæ cui-

cuivis e populo competit, et ut est in *L.* 1. *D. de popul. act.* quæ suum jus populo tuetur. Quod hic ita fit, dum quivis privatus agendo consequitur, ut positum tollatur, quo sublato, aufertur metus periculi commeantibus, et sua publice securitas restituitur. Constituta est hæc actio adversus eum qui id positum habet, cujus casus potest nocere Positum habere intelliguntur inquilini vel domini ædium, sive inhabitent, sive non, qui aut posuerunt ipsi, aut ab alio positum patiuntur, cum prohibendi jus esset. *L.* 5. §. *prætor*, in fin. §. [1] *supra*, *de his qui effud. vel dejec.* Si id quod positum erat, deciderit, et nocuerit, damni nomine dabitur actio in eum qui posuit, non in eum qui positum habuit: nisi qui posuit vel dominus fuit ædium, vel inquilinus. Nam et hi positum habere dicuntur: hoc quid sit, declaratur in *d. L.* 5.

V. Posterioris generis, in quo id factum est, quo nocetur, sed ab alio quam qui eo nomine convenitur, hujus, inquam, generis duæ species sunt notatæ itidem edictis prætorum propter eamdem utilitatem. Una species est de eo, quod ex ædibus in eum locum, quo vulgo iter fieri solet, aut in quo consistitur, dejectum effusumve est. Eo nomine actio constituta adversus eum, qui ibi unde dejectum est, habitaverit, in duplum ejus damni, quantum ex ea re datum factumve erit. *L.* 1. in princ. *D. de his qui effud. vel dejec.* §. 1. *Instit. de obl. quæ quas. ex del. nasc.* Ergo actio de damno dato est: idque habet cum actione legis Aquiliæ commune: sed longe dissimili et caussa et obligatione. Illa adversus eum est, qui damnum dedit, id est, qui deliquit, puta in hac specie qui dejecit, aut effudit, quo alii nocitum est. *L. si putator*, *D. ad leg. Aquil.* Perinde vere ex maleficio. Hæc adversus eum, non qui dejecit, aut effudit, sed qui ibi [2] habitavit, unde dejectio aut effusio est, quisquis dejecerit, aut effuderit. Adversus eum sine dubio, qui cum ibi habitaret, etiam dejecit, effuditve: esset enim absurdum eum teneri, qui habitaret solum, neque ipse damnum dedisset: eum autem qui cum habitaret, etiam dedisset damnum, non teneri. Sed non spectatur hic, a quo dejectum quid, effusumve sit: verum hoc solum, quis ibi habitaverit, et adversus eum actio est: ut intelligamus, quanvis eo ignorante et invito alius dejecerit, nihilominus eum teneri. Itaque in hujus persona manifestum est actionem ex maleficio non esse. Faciamus enim ipsum ignorasse quemquam esse in cœnaculo, qui quid dejiceret. Faciamus scivisse, quinam illic essent: sed nullam habuisse caussam, cur his diffideret, quominus honeste et civiliter se in eo gererent. Tenebitur nihilominus. *L.* 1. §. *hæc in factum*, *D. de his qui effud. vel dejec.* Ubi tamen nemo dicet maleficium admisisse eum, qui neque nocuit alii, neque facit quo noceretur: atque adeo quo invito damnum ab alio datum est. Sane si idem qui habitat, et ipse dejecerit, vel effuderit, tenebitur et ipse hoc edicto, et quidem multo magis: sed tum vere ex maleficio, non quasi ex maleficio. Nunc etsi ipse nihil eorum fecerit, teneri eum hoc edicto dicimus. Proinde non ex maleficio. Unde ergo hujus obligationis et actionis caussa? Ex eo facto, quod est maleficio proximum. Ea est culpa, seu negligentia habitantis, quæ huic damno aliquo modo caussam dedit. Debuit enim prospicere, ne quis ibi esset, qui posset dejicere: aut si aliqui essent, debuit diligenter monere, ne quid dejicerent, aut effunderent. Si ne sic quidem potuit impetrare, tamen potius quam id eveniret, debuit aut habitare solius, aut cœnaculum clausum habere. Hæc culpa est, quæ hic plectitur. Unde non in dominum ædium datur hæc actio, sed in eum qui inhabitat, cum quid dejiceretur, aut effunderetur: quia scilicet penes eum est culpa superior. *L.* 1. §. *hæc in factum*, *D. de his qui effuder. vel dejecer.* Neque tamen hæc negligentia ejusmodi est, quæ coerceri debuerit, si caussa et utilitas publica non accederet. Esto enim, sit in hac negligentia aliquod delictum et peccatum. At certe non est maleficium. Non enim est id factum, quo ipsi nocemus et detrahimus alteri: sed id quominus noceatur alteri, non prohibemus. Quod genus neglectus in rebus privatis coerceri non solet. Argumento est lex Aquilia, quæ aliena corrumpenti pœnam statuit: negligenti, et perire patienti nullam. *L. si cujus*, §. *de præteritis*, in fin. *D. de usufruct.* Sed in hac specie accedit utilitas publica, quæ suasit hanc culpam coerceri. *Publice enim utile est*, inquit Ulpianus, *sine me-*

1) Quod si filiusfamilias seorsim a patre habitaverit, in patrem nulla de posito et suspenso, uti nec de dejecto et effuso actio §. 2. *I. de obl. ex del. L.* 1. §. 7. *de his qui effud.* A. Fab. 3. *Conject.* 1. *pag.* 145. vid. de hac act. Oldend. *Cl.* 6. *Act.* 20. Henr. a Suerin. *Rep. Lect. C.* 20.

2) Immo in cum qui posuit non qui habitaverit, *L.* 5. §. *pen. d. t.* Resp. Cujac. 22. *Obs.* 32. trajectionem esse putat, legendumque *in eum qui habitaverit*, non *in eum qui posuit*, ac verba *non sufficiat* exponit, id est deficiat, quo sensu eadem in *L.* 11. *de capt. et postlim.* Sed recte notatur ab Henr. a Suerin *Repet. Lect.* C. 20. quem adi.

metu et periculo per itinera commeari, d. L. 1. in prin. *D. de his qui effuder. vel dejecer.* Pœna autem adversus habitantes de dejectis et effusis constituta, ad eam cogitationem et curam illi revocantur, ne quid aliquando tale per eorum incuriam eveniat. Quominus autem moleste ferant ita se ob alienum factum teneri, placet his in factum actionem dandam adversus dejectorem *L.* 5. §. *cum autem*, *D. eod.* Hic enim habitanti caussam damni dedit. Unde est illa in factum actio accommodata legi Aquiliæ. §. *ultim. Instit. de leg. Aquil. L. quia*, *D. de præscript. verb.*

VI. Non hac parte tantum in qua est caussa obligationis, distat hæc actio ab actione legis Aquiliæ: sed etiam obligatione ipsa et pœna. Illa enim in simplum datur, quanti ea res est in anno, aut triginta diebus proximis: hæc in duplum. Absurde omnino, nisi et hanc pœnam adversus inhabitantes eadem utilitas publica defenderit. Erat enim æquius ipsum qui damnum dedit, de quo agitur in lege Aquilia, graviore pœna coerceri, quam eum, qui negligentia et injuria damnum ab alio dari passus est, de quo nunc agimus. Sed quæ utilitas publica actionem primum adversus inhabitantes nihil admodum delinquentes induxit, eadem et pœnam adversus eosdem auxit. Securitati viarum et locorum publicorum hic prospicitur. Hæc si visa est ab inabitantibus facilius obtineri posse, si et ipsi dejectorum effusorumve ex ædibus nomine tenerentur, et paulo gravior esset pœna, ut hujus metu caverent diligentius, ne quid ex suis ædibus dejiceretur, effunderetur ve quod cuiquam noceret.

VII. Atque hæc constituta est actio de cæteris rebus quæ dejectione aut effusione læsæ sunt. Propria pœna ex hac caussa eodem edicto constituta de homine libero, si is eo ictu aut occisus erit, aut vivet et ei nocitum erit. *L.* 1. *D. de his qui effud. vel dejec.* Si periisse dicetur, constituitur actio eo nomine, non in duplum damni dati, sed in quinquaginta aureos. Cur non in duplum, ut ante: præsertim cum sit æquum gravius delictum severius coerceri? Hoc ideo, quia ut sit actio in duplum, prius ipsum simplum damni dati æstimari oportet: liberum autem corpus nullam recepit æstimationem. *L.* 1. §. *sed cum homo*, *L. ult.* in fin. *D. de his qui dejec. vel effud.* Est autem hæc actio in istam summam itidem ut superior, popularis. *L.* 5. §. *hæc autem*, *D. eod.* Quod si liber homo vivet, et ei nocitum erit, quantum ob eam rem æquum judici videbitur eum cum quo agetur condemnari, in tantam pecuniam judicium datur. Eum cum quo agetur habitantem accipere debemus. Nam adversus eum qui ibi habitaverit, prius constituta erat actio. Neque nunc hanc personam mutat prætor; idque satis aperte indicatur in *L.* 1. §. *hæc in factum*, *D. de his qui dejec. vel effud.* Nocitum ei esse sic acceptum est in hoc edicto, si quid in corpus ejus admissum sit, quo læderetur: non si quid damni in rem ejus datum sit; si puta vestimenta ejus, vel quid alium scissum corruptumve est. *d. L.* 1. §. *hæc autem verba*, *L. ult. D. eod.* Tantum autem ob eam rem æquum judicii esse videbitur eum cum quo agitur condemnari, non quanto deterius aut deformius factum est corpus, quod læsum fuit. Jam enim diximus liberi corporis nullam esse æstimationem: sed quantum damnum est, quod quis propter læsum corpus passus est. In quo computantur mercedes medicis præstitæ, cæteraque impendia quæ in curatione facta sunt. Præterea operæ, quibus qui læsus est caruit, aut cariturus est ob id quod inutilis factus est. Hæc in *L. ultim. D. eod.* Sed cur non eadem ista multo magis æstimamus in libero homine occiso? negamus enim æstimari. *L.* 1. §. *sed cum homo.* Quia nihil eorum in occisum cadit. Nam qui eo ictu occisus est, in ejus curationem impendi nihil oportet: et mortui nullæ operæ intelliguntur.

VIII. Quod autem ad universam hanc actionem pertineat, verba hæc edicti observanda sunt. Datur hæc omnis actio de eo quod dejectum effusumve est. Dejectum et effusum accipi placet non id tantum quod quis manu sua dejecit vel effudit; sed etiam quod cum suspensum esset, postea decidit, aut effusum est, quanvis nemo dejecerit, aut effuderit. Proinde et id quoque hoc edicto teneri. *L.* 1. §. 1. *D. eod.* Datur de eo, quod dejectum effusumve est ex ædibus. *d. L.* 1. §. *hæc in factum*, *eod.* et ut est in §. 1. *Instit. de oblig. quæ quas. ex del. nasc.* ex cœnaculo. Intellectum ex eo, quod datur in eum; *qui ibi habitaverit*: habitantur autem ædes. Quid ergo, si quid dejectum sit de nave, quod eodem modo nocuerit? Cessant quidem verba edicti: sed placet dari actionem utilem in eum, qui navi præpositus sit. *L. penult.* in fin. *D. eod.*

IX. Datur adversus eum, qui ibi habitaverit. Generaliter hoc et indistincte: quisquis

et

et quocumque modo habitaverit. Unde intellectum est, nihil referre, utrum quis habitet in suo, an in conducto, an in gratuito. Pariter omnes teneri hoc edicto. *L.* 1. §. *pen. D. eod.* §. 1. *Inst. de obl. quæ quas. ex del.* Habitat autem, qui habet, ut ad longius tempus ibi consistat, non qui ut hospes itineris caussa eo divertit, mox ad iter et negotia instituta digressurus. Itaque ille tenetur; hic non tenetur, sed is qui hospitium dederit. *d. L.* 1. §. *pen. D. eod.* Habitare et is intelligitur, qui domus usum retinens, in eo amicis aut domesticis habitationes concedit, aut modica hospitiola distribuit: non amici isti aut domestici. Ideo non hi tenentur, sed ille. *L.* 5. [3] §. 1. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est verba edicti faciunt ut in quenvis dari debeat actio, et quidem in solidum. Quod tamen ita receptum est, ut si cum uno fuerit actum et consecutus sit quod petebat, cæteri liberentur; de qua liberatione alias suo loco. *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *L.* 3. *L.* 4. in pr. *D. eod.* Quod ait prætor, *ibi habitaverit*, sic accipiendum est, habitaverit non quovis tempore antea, sed tum cum quid dejiceretur, vel effunderetur. *L.* 1. §. *hæc autem*, *D. eod.*

X. Altera species hujus generis est de damno et furto, quod in navi aut caupona, aut stabulo factum est; non tamen quovis. Sciendum est enim ex hac caussa duas actiones esse constitutas edicto prætoris adversus nautas, cauponas, stabularios, quarum una sit ex contractu, altera ex quasi maleficio, quæ posterior huc pertinet.

XI. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii a vectoribus aut hospitibus invecta, importata, inductave salva fore receperunt. Actio adversus eos constituta ut recepta restituant, ac nisi restituant, in id quanti ea res est, quæ salva non restituitur. *L.* 1. in pr. *D. naut. caup. stab.* Ubi nauta dicitur, qui navem exercet; caupo qui cauponam; stabularius qui stabulum. *L.* 1. §. 1. §. *caupones*, *D. eod.* Est autem exercitor, ad quem quotidianus navis, et cæterarum rerum quæstus pertinet. §. *eadem*, *Instit. quod cum eo.* Ac recte sentiunt, qui ad hanc actionem et partem edicti referri monent interpretationes veterum sub Titulo *D. naut. caup. stab. a L.* 1. usque ad *L. penult.* §. *ult.* Hanc quidem ex contractu esse certum est. Est enim adversus eos, quorum fidem sequimur, et quorum custodiæ res committimus. *L.* 1 in princ. *D. eod.* Quod si fit mercede interveniente, locatio et conductio est: si gratis, depositum. *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Quod si ex contractu primum et negotio gesto actio nascitur, non potest ex eventu aliunde esse quam ex contractu, etiam si postea delictum quoque in ea re cœperit versari. *L. ex contractibus*, *D. de obligat. et act.* Non enim eo minus ab initio res ex consensu gesta est. Et recte dictum est uniuscujusque contractus initium spectandum et caussam. *L. si procuratorem*, in pr. *D. mand.* Et tamen eodem nomine etiam ex hac parte edicti actio in factum proposita est. In qua salvum fore receptum sic acceptum est, non tantum si quid in navem missum, et nautæ adsignatum est; sed etsi quid non sit adsignatum, sed tantum in navem missum. *L.* 1. §. *ultim.* Sed cui bono honoraria actio hic inducta, cum sint civiles? Et cum constaret non otiose inductam a prætore, id ita veteres acceperunt, ut cum in locato et conducto præstetur tantum culpa: in deposito non nisi dolus: sentirent ex hoc edicto omnimodo qui recepit, teneri, etiam si sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est: nisi si quid damno fatali contigerit: in hoc autem numero esse naufragium, vim piratarum, vim majorem. Hæc ad istam sententiam in *d. L.* 3. §. 1. *D. naut. caup. stab.* Est autem vis major, quæ immittitur cœlitus, ut si caupona tacta fulmine conflagrarit. Ita cæteros casus nautæ, caupones, stabularii [4] præstabunt: veluti, si in nave ortum sit incendium aliorum culpa, aut si quis vectorum navem perfoderit. Et certe in his etiam nautæ nonnulla culpa est, si non occurrit: potuit enim prævidere, et diligenti atque assidua perscrutatione adhibita consequi aut ne evenirent, aut statim subveniretur. Sed cur hoc adversus istos ita constitutum potius, quam adversus cæteros omnes creditores, aut qui depositum acceperunt? Hæ rationes redditæ sunt a veteribus. Primum quod necesse est plerumque istorum fidem sequi: deinde quod nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt coeundi. Postremo quod ea est impro-

3) Ubi tamen vers. *sed et hospitaculi* in contextum irrepsisse, ceu duas discrepantes lectiones continentem, quarum neutra in Basilcis, neutra senso prædita, probabiliter vult Cujac. 21. *Obs.* 1.

4) Nec tantum nautarum, sed et vectorum factum præstandum *L.* 1. §. *ult. d. t.* actione hac ex recepto scilicet quæ ex conventione in simplum. Non autem præstatur factum vectorum aut viatorum actio ex quasi delicto in duplum *L. un.* §. *ult. Furti adv. naut. caup.* Cujac. *in not. ad d. L.* 1. §. *ult.* Pac. 7. Q. 57. Aliter Bus. 4. *Subtil.* 2. inter damnum vi majore datum et clam vel ex petulantia illatum distinguens. Confer Benvenut. Stracca *Tr. de Nautis.*

probitas hoc genus hominum, ut ne nunc quidem abstineant ab hujusmodi fraudibus; ut proinde merito hæc improbitas severius reprimenda fuerit. Exstant in *L.* 1. in pr. *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Sed quæcumque hic gravitas actionis est, non tamen facit, quominus sit actio ex eo, quod nautæ, caupones, stabularii salvum quid fore receperunt, ut sunt verba edicti. *L.* 1. in pr. *eod.* in quo recipiendo negotium civile, et contractus versetur. Ita semper actio ex contractu, puta locatione conductione, aut deposito: etsi ex hoc edicto contractus isti adversus supra scriptas personas excedunt communes eorum contractuum terminos. Nam et ex quibusdam caussis depositi actio in duplum est. *L.* 1. *D. depos.* neque eo minus in his actio est ex contractu, quia est ex deposito. Itaque huc non pertinet ista de receptis actio, et ea ad superiores contractus remittenda est.

XII. Altera actio est ex quasi maleficio, adversus easdem personas illa quidem, et de iis similiter quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt, si quid in his damni factive factum sit: sed ut in graviore pœna constituta, non si hæc contigerint a vectoribus in nave, aut viatoribus in caupona vel stabulo, ut in superiore actione horum quoque facta præstantur. *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *D. naut. caup. stab.* verum si contigerint ab aliquo eorum, quorum opera, nautæ, caupones, stabularii, navem cauponam, stabulum exercent. §. *ult. Inst. de obl. quæ qua. ex del. nas. L. pen.* §. *ult. L. ult.* in pr. *D. nau. caup. stab.* Quippe in duplum [5] actio erit: qua pœna affici istos non ex aliorum facto æquum visum est, quam superiorum istorum. *d. L. ult.* §. 1. *D. eod.* Si in simplum esset actio, diceremus esse ex contractu, ut prius. Sed etsi in duplum ex facto exercitorum, itidem ex contractu; quia cum his contractum est. Nunc cum hic constituatur dupli pœna, sit autem ex eo quod neque mandantibus istis, neque scientibus factum sit, sed iis quibus cum nihil contractum est: apparet actionem uti ex contractu eorum non est cum quibus agitur, ita multo minus esse ex eorum maleficio. Sed incidit in hanc speciem id factum istorum, quod multo propius accedat ad maleficium, quam cum quid admissum est a vectoribus aut viatoribus. Eo etiam severius vindicatur. In his enim posterioribus recipiendis nulla est culpa nautæ, cauponis, aut stabularii, cum recipiat ignotos æque ac notos, nec quidquam de his promittat, qui eorum opera ad sua exercenda non utitur. At qui ad exercendam navem, cauponam, stabulum aliquos adhibet, hoc ipso quodammodo delinquit, quod malorum hominum opera in ea re utitur, cum posset eorum quos admitteret, delectum habere, et suæ fidei concreditos non fallere. §. *ult. Inst. de obl. quæ quas. ex del. nasc.* Accedit eo quod cum ad commodum et securitatem iter facientium navem, cauponam, stabulum publice exerceant; de hac ipsa securitate polliceri videntur, eoque et ministros ad eam rem periculo suo adhibere. *L.* 5. in pr. *D. naut. caup. stab.* Hinc pœna dupli, quasi ex ipsorum maleficio. Quæ tamen ne hic quidem ex negligentia eorum et incuria constituta esset, nisi huic actioni locum fecisset eadem illa utilitas publica, quam in superioribus actionibus spectatam diximus; quæ et in hac specie non minus versatur. Nam et secura statio in nave, caupona, stabulo ad securitatem itinerum et iter facientium itidem pertinet: quoniam sine navibus, cauponis, stabulis in quæ recipiamur, iter facere non possumus. Quod ad eos exercitoris ministros attinet, qui furtum fecerunt, aut damnum dederunt, nulla dubitatio est, quin et hi furtum et damnum passis teneantur, illic furti, hic actione legis Aquiliæ. Ita his qui passi sunt, eodem nomine actio est et adversus ministros ipsos qui deliquerunt, et adversus exercitorem: sed una contenti esse debent. *L. pen.* §. *ult. D. eod.* Sed et exercitor adversus eos actionem habet ex conducto, si quid actione in factum ob eorum factum conventus præstiterit. Ibidem.

XIII. Non numeramus inter quasi maleficia id factum judicis, quo is male judicando litem suam fecit: tametsi id numeratur in hoc genere in *L.* 5. §. *judex*, *D. de obl. et act. Inst. de obl. quæ qua. ex del. nasc.* in pr. cujus rei rationem supra reddimus sub titulo, de damnis datis quæ integris rebus contingunt. Non enim hic judex delinquit negligentia, qualis vindicatur in superioribus quasi maleficiis: sed peccat dolo malo, aut ea culpa quæ in faciendo est, ubi male judicando damnum dat. Quod genus facti et damni dati id maleficium est, quod coercetur lege Aquilia.

CAP.

5) *L. un.* §. 2. *Furti adv. naut. caup.* Nisi prædicenti se nolle damnum præstare vectores, viatoresve consenserint *L. ult. pr. d. t.* Non tamen liberatur a custodia si hospiti clavem cubilis dederit, *Gl.* et Barto. in *d. L. ult.* refer. Treutl. *P.* 1. *Disp.* 26. *Th.* 5. *lit. A.* Arumæ. *Disp. Pand.* 24. *Th.* 8. Et hæc actio cum pænalis sit in heredem non datur *L. ult.* §. 5. *h. t.* cum illa quæ ex edicto de recepto in simplum ac rei persecutoria in heredem competat *L.* 3. §. *pen. d. t.* Gilb. Reg. 2. *Enant.* 7. Cœterum et generatim damnum per famulum illatum a domino sarciendum si scilicet in officio deliquerit, de quo vid. Bernh. Wurmser. *Lib.* 1. *Obs. in Misc. Obs.* 4. Moller. 4. *Semestr.* 18. Jo. Bapt. Costa *de Facti sc. et ign. Inspect.* 42. Nobiles an teneantur de facinoribus famulorum, Tiraq. *de Nobil. C.* 37. *n.* 154.

C A P. XLIV.

Qui ex alterius persona actionem habeant suo nomine etiam adversus invitos debitores, cum quibus nullam ex suprascriptis caussis obligationum interpositam habeant. Id contingere maxime potestatis, hereditatis cessionis jure, sed aliis quibusdam modis.

Transitio. Nullus ex persona sua quidquam debet, aut ei debetur, nisi ex quatuor illis obligationum caussis: secus ex alterius persona. I.

Ex persona alterius actio nobis quæritur duplici modo. II.

Ex alieno gestu vel facto nobis actionem quærit patria, aut dominica potestas, aut dominicæ similis. III.

Item heredis persona. IV.

Item administratio rerum nostrarum. Obiter quot administratorum personæ domino, non sibi paciscantur. Trium superiorum locus proprius indicatur. V. IV. III.

Actio quæsita alteri in nos transfertur. 1. *Hereditate. Quo in loco de ea tractabit auctor.* VI. VII.

2. *Cessione. Tria ad hanc necessaria.* VIII.

Transferendi potestas. *Translatio seu cessio fit ex omnibus caussis.* IX. X.

Caussa voluntariæ venditionis excepta; et quatenus. X.

Est item omnium actionum, et quidem invito debitore. XI. XII.

Quare non idem debitori licet invito creditore. XIII.

Cedendi modus. *Fit cessio nuda voluntate utriusque ex justa caussa, sine ulla traditione.* XIV.

Item mandatis actionibus. Mandatæ actiones quomodo et quo sensu transferantur. XV.

Mandatas actiones sive utiles sive directas nec mandantis pœnitentia revocari, nec illius morte finiri. XVI.

Nonnulla tamen inter utrasque ex hoc capite differentia; et quæ illa. XVII.

Cessionis vis et effetus. *Talis hic ut ab invito exigere, et debitorem liberare cessionarius possit.* XVIII.

Nisi a veteri creditore cessa actio inhibeatur re adhuc integra. XIX. XXIII.

Desinit esse veteri creditori res integra facto ejus cui cessa actio: facta ejusmodi tria, et quæ. XX.

Sola scientia in debitore, undecunque ea sit, satis est ut cessa actio inhiberi nequeat. XXI.

Quid si debitor non ignarus cessionis solvat veteri creditori. XXII.

Agenti veteri creditori adhuc integra re si cessionarius occurrat, et velit solvi potius sibi: uter illorum vincat. XXIV.

Qui mandantis actionibus experitur, idem privilegio mandantis utitur in cessione voluntaria. XXV.

In necessaria secus; et quare. XXVI.

Inter quas personas jure seu lege fiat actionum cessio seu translatio. XXVII. XXVIII. XXIX.

I. CAussæ obligationum earumque species sunt expositæ. Caussas illas dico quatuor, ex quibus obligationem omnem ex facto aliquo nascentem deduximus, contractum, quasi contractum, maleficium, quasi maleficium. Quæ si ut veræ sunt, ita sunt solæ, uti hactenus solas posuimus; nempe hoc dicimus, quemadmodum omni ei debetur, cum quo contractum aut quasi contractum quid est, cuive nocitum est maleficio aut quasi maleficio: et omnis item debet, qui his ipsis factis se illi obligavit: ita omnino extra has causas nullum neque creditorem, neque debitorem quærendum esse: id est nullum esse, cui neque contrahenti, neque quasi contrahenti, neque quid passo injuria, quidquam debeatur, quo nomine et actionem habeat: nullum ex diverso qui quid debeat, et eo nomine possit conveniri, qui neque contractu suo, neque quasi contractu, ne-

neque maleficio, aut quasi maleficio se obstrinxerit. Et hæc ita sunt, si quem ex sua persona debitorem quærimus. Omninoque in hanc sententiam divisio superior juris de caussis obligationum accipienda est, ut ita statuamus solas has esse obligationum caussas, quas veteres posuisse videmus, si quidem alicui ex sua persona actionem dari, et si quem ex sua persona teneri velimus. At ex persona alterius longe aliter in utraque parte jus se habet. Potest cui ex suprascriptis caussis nihil debeatur, ex alterius persona actionem habere, adversus verum debitorem, ut non minus hic illi deberi incipiat. Potest et is qui ex iisdem caussis nihil debeat, ex alterius persona alienove facto ita teneri, ut non minus et hic incipiat debere, quam si ex supra scriptis caussis obligatus esset. Quorum utrumque cum ex aliis caussis accidat, ad superiores certe referri non potest: et tamen cum accidat, ad obligationem et id quod debetur referri statuendum est non minus. Quare ad explendam hanc partem de obligationibus, deque omni eo quod cuique a quoque debeatur hoc etiam nunc relinquitur, ut norimus quis ex alterius persona actionem habeat; et quis ex alterius persona alienove facto possit conveniri. In quo de eo primum qui agat, deinde de eo qui conveniatur, recto ordine breviter dicemus.

II. Ut quis cum ex sua persona creditor non sit, id est, cum ei ex suprascriptis caussis nihil debeatur a vero debitore, actionem tamen habeat ex veri creditoris persona, atque hoc modo jam incipiat ei deberi, duobus modis efficitur. Aut enim alio contrahente, vel quid gerente suscipienteve, actio eo nomine recta nobis adquiritur; aut actione alii recte quæsita, ea deinde ad nos transfertur.

III. Ut ex alieno gestu aut facto actio nobis recta adquiratur, tria faciunt; potestas nostra in eos qui adquirunt; persona et nomen heredis; tum rerum nostrarum administratio. In potestate dominorum sunt servi, in parentum liberi: et potestatis dominicæ nonnullam partem obtinent, fructuarius in servo alieno, in quo usumfructum habet, bonæ fidei possessor in iis quos bona fide possidet, tum servis alienis, tum liberis hominibus. Quid per istas personas adquiratur aliis cum in dominiis et possessione rerum, tum in actionibus in personam ex omnibus obligationum caussis, ita diximus supra sub Titulo, *per quas personas nobis adquiratur*, ut simul diceremus quibus per eas adquireretur, puta dominis, parentibus, fructuario, bonæ fidei possessoribus, et quatenus; qua parte et illa tractatio ad hanc adquisitionem actionum pertinet. Quamobrem quod ad hunc locum pertineat, inde sumetur. In quo si quid proprium erit eorum, quæ servi dominis, filii patribus, quorum in potestate sunt, nominatim stipulentur, licebit petere ex iis quæ diximus de iis qui alii stipulari possunt, sub Titulo de fine omnium conventionum communi.

IV. Persona heredis cum sit eadem cum defuncto, Novel. *de jurejur. a mor. præst.* facit, ut quidquid defunctus heredi suo stipulatur, aut cavet, ejus actio aut exceptio adquiratur heredi, quanvis nunquam prius quæsita defuncto. *L. unica*, *C. ut act. ab her. et contr. her. incip. L. avus*, *D. de pact.* de quo diximus sub eodem illo Titulo de fine communi omnium conventionum, et dicemus amplius, cum agetur postea in commune de actionibus hereditariis.

V. Administratio rerum nostrarum est in tutoribus, curatoribus, actoribus civitatis seu syndicis, procuratoribus, interdum in magistratu pupillo cavente. Tutorum, curatorum, actorum civitatis conventioni utilitatis caussa, favore scilicet dominorum hoc datum est, ut ex hac caussa acquiratur utilis actio pupillo, adolescenti vel furioso, civitati, si quodvis nominatim tutor pupillo, curator adolescenti, furioso, actor civitati stipuletur aut paciscatur dari. *L. eum qui*, §. *si actori*, *D. de pec. const.* Quo casu necesse est istis dominis solis actionem adquiri, quam constat stipulantibus et paciscentibus adquiri non posse. Paciscuntur enim aliis, non sibi. Ideo sibi adquirere non possunt, quod sibi adquiri nolunt. *L. multum*, in fin. *C. si quis alt. vel sibi*, *L. si genere*, *C. de jur. dot.* Idem receptum in procuratore, sed solum militis, si is militis nomine nominatim quid gerat, quo ei actionem adquirat. *L. si pecuniam*, 16. *D. si cert. pet.* Idem receptum magistratu pupillo cavente in satisdatione a patre arrogatore arrogationis nomine exigenda, aut exigenda tutelæ nomine a tutoribus datis. De quibus in *L. nec ei*, 17. in fin. et *LL. seqq. D. de adopt.* *L.* 2. 3. 4. *D. rem. pup. salv. for.* Sed et hanc partem nunc attigisse satis fuit: quia et a nobis tractata est eodem titulo de fine communi omnium conventionum, et si quis plenius expositum nosse vult, habet unde petat, ad *L. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, *D. de verb. obl.* ubi totum hunc locum qui quibus recte stipulentur, ut stipulando his actionem adquirant, conatus sum explicare diligentius.

VI. Atque hæc ex alterius persona habendæ actionis ratio ita est, ut hic alio contrahente aut gerente quid, non ipsi qui adquirit, sed per eum alii actio acquiratur, cum in adquirentis persona nunquam ante constitisset. Est alterum, ut dixi, genus nanciscendæ ex alterius persona actionis, cum alii actione recte quæsita, et quidem ex supra scriptis obligationum caussis, ut is vere dici possit creditor, ea deinde actio ad nos transfertur, alias directa, alias utilis. Ut alii quæsita ita deinde ad nos transferatur, fit tribus modis; hereditate, cessione, lege.

VII. Hereditatis jure fit, ut cum heres succedat in omne jus defuncti. *L. heres in omne, D. de adq. her.* Etiam hereditate suscepta actiones omnes defuncti, quæ modo in personam sint ex suprascriptis quatuor obligationum caussis ad heredem transeant, excepta actione injuriarum, et si quæ sunt similes. §. 1. *Inst. de perp. et temp. action.* Sed de hereditariis actionibus constitutum est nobis in commune dicere, cum ad eos venerimus, qui tenentur ex alterius persona, ut eadem opera, de toto genere actionum hereditariarum dicatur, tam quæ heredibus dantur, quam quæ adversus heredes.

VIII. Cessione in nos transfertur actio, cum qui eam habuit, vult eam in nos translatam esse, et propriam nostram fieri, quibus modis ad nos transferri potest. Proprie quidem tunc cessæ dicuntur actiones, cum sunt mandatæ. *L. Modestinus, D. de solut.* De quo paolo post. Nunc paulo generalius cessionem actionis intelligi volo, [1] omnem rationem qua voluntate creditoris in alium transfertur actio. Quomodo et in constitutione Anastasii quæ de cessione actionum est, hoc verbum accipiendum videtur. *L. penult. C. mand.* Ut cæteræ res quæ sunt in bonis voluntate domini transferri possunt, eaque voluntas rata est: §. *per traditionem, Instit. de rer. divis. L. si in emptione*, §. 1. *D. de action. empt.* sic jure fit, ut actione quæ semel nostræ esse cœperint, eadem voluntate in alium transferantur, quoad earum natura pati potest. Nam et hæ sunt in bonis *L. bonorum, D. de verb. signif.* Sed quoad, inquam, earum natura patitur. Hæc vero facit, ne hic per omnia eadem serventur, quæ in cæteris rebus transferendis: quæ notata hujus cessionis jus et vim aperient. Tria sunt quibus constat et perficitur hæc omnis cessio: transferendi potestas, cedendi modus, et effectus cessionis. Ut enim procedat hæc cessio, tot sunt natura, quæ de hoc genere quærantur, et eodem ordine: Primum liceatne actionem quam habeas, alteri cedere adversus debitorem invitum, ut transferas. Tum si licet, quomodo cedatur, transferatur. Postremo cessæ actionis quis effectus, id est, quid in eum cui cessa est, transferatur, et quid apud eum qui cessit, maneat. In quibus ipsis cum sit ea dissimilitudo a cæteris rebus quam dixi; cum de his dixero ordine, natura hujus cessionis, et quæ de ea quæri dixi, erunt cognita.

IX. Primum de potestate cedendæ transferendæque in alium actionis nostræ hoc statuatur, quod supra posui. Ut cæteræ res transferri possunt domini cessione: sic posse et actiones. *L. 3. L. postquam, L. ex nominis, C. de hered. vel act. vendit.* Nam et hoc simile, quod pariter actiones sunt in bonis, ut ante dixi. *Nihil autem magis conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi*, ut est in §. *per traditionem, Instit. de rerum divis.* Hinc quoque et olim illud commune: ut quemadmodum ex omnibus caussis res aliæ transferri possunt: sic possent actiones. Valuitque id maxime in actione vendita, ut declarat Titulus *de hereditate vel actione vendita D.* et *C.*

X. At hic nonnihil immutavit Anastasii constitutio. *L. penult. C. mand.* Hæc ex cæteris caussis admisit omnem cessionem actionis, ut cessa ad plenam debitæ prius quantitatis exactionem transferatur. Venditionis caussam [2] excepit, non ex qua cessionem factam penitus abjiceret, sed ex qua temperaret translationem. Constituit enim, vendita actione ne amplioris summæ exactio transferatur in emptorem, quam quantum efficit soluti pretii quantitas et usurarum ejus. Addita ratio,

1) Hotom. 6. *Obs.* 16. Cedere, ait, mandare, præstare, exhibere, transferre actionem promiscue usurpantur. Eademque cessionis in incorporalibus, quæ traditionis in corporalibus vis *L. ult. C. Quan. fis. vel priv.* Utque sine ea dominium corporis non tranfertur, ita nec sine hac dominium actionis *L. 3. pro soc. L. 49. §. ult. de acq. poss. et simil.* De cessione hac vid. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P. 3.* §. 4. Ant. Fab. 12. *Conject.* 2. *et* 10. *seqq.* Chacheran. *Decis.* 62. ubi cujus sit cessi nominis periculum tractat; de quo et A. Fab. 12. *Conject.* 7. Quibus conjecturis ea ficta detegatur Menoch. 3. *Præsumpt.* 129.

2) Idem est in permutatione et omni contractu quo res alienatur excepta donatione, Don. ad *d. L. pen. n.* 8. Quin idem est si cessio partim donationis, partim venditionis titulo facta *L. ult. C. Mand.* Parlador. *d.* §. 4. *n.* 8. Ratio vero exceptionis quia periculum est, ne is cui ceditur, redimat, vel alter vendat actionem vexandi debitoris caussa, opposito ei litigatore contentioso. Qui metus in donatione cessat, Don. ad *d. L. pen. n.* 4. Caussa igitur inhibitionis non est exiguitas pretii, cum liceat rem minoris emere, sed redemptio litium, *ibid. n.* 11. Et Cujac. 8. *Obs.* 31. plerumque, ait, calumniæ et vexationis emptio, non juris est. Et quia sæpe cessionibus nominum insunt tacitæ pactiones de quota, seu certa parte litis, quæ contra bonos mores, vid. *infra Lib.* 18. *C.* 3. ideo omnes tales esse præsumuntur et vetantur, Cujac. 16. *Obs.* 16.

tio, quæ exstat initio constitutionis. Eam constitutionem nominatim comprobavit Justinianus, et plenius est interpretatus, id cavens, ne fraus ei fieret. *L. ult. C. mand.* Atque hoc addidit, quod in primis dignum est notatu, ut in reliquam quantitatem, quæ pretium solutum excedit, non modo nulla sit actio emptori adversus venditorem, de quo jam satis priore lege cautum erat; sed ne ei quidem qui cessit actiones. Apud quem tamen consequens erat, ut mansisse viderentur, cum non essent translatæ. *d. L. ult.* §. 1. Quod tamen dixi de venditione actionum, id constitutio Anastasiana ad voluntarias tantum venditiones pertinere voluit: necessarias excepit, ubi quis cogente jure, aut commoditate rei familiaris et actionis videndæ cogitur actionem quam habet alteri vendere. Huc enim referentur eæ species venditionum quas constitutio commemorat et excipit in *d. L. penult.* illic, [3] *exceptis scilicet cessionibus. C. mand.* In quibus exceptio hoc significat, iis casibus et similibus actiones quanvis multo minores venditas quam in his est, tamen in totum transferri, ut cui cessæ sunt, tantum possit exigere, quantum ei qui cessit, debebatur: sicut fieret, si ex caussa donationis actiones essent translatæ. Ergo etiam nunc ex cæteris caussis in totum utilis actionum cessio est, et item ex venditionibus ipsis, dum [4] necessariis. In quo jus vetus manet commune cum cæteris rebus, de quibus transferendis agitur. Ex voluntariis autem venditionibus etsi non est in totum utilis cessio ex constitutione superiore: est tamen ad eam quantitatem saltem utilis, quam pretii soluti, et usurarum ejus quantitas efficit.

XI. Sed an omnes actiones pro hac potestate cedi possunt? quid enim, si sit in rem actio? Et exstat Justiniani constitutio in *L. ultim. C. de her. vel act. vend.* qua cavet in hæc verba: *ad similitudinem ejus, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur: etiam eum, qui in rem actionem comparavit, eadem uti posse facultate.* Etiamne qui et ipse cessam tantum actionem habeat a vero creditore, eamdem etiam istis modis utiliter cesserit? Et cum cessa actio fiat ejus qui accepit, debitori non debet, quin et eam ut suam possit alii cedere. Ac generalis est superior constitutio Justiniani, omnium actionum [5] esse venditionem et translationem. *d. L. ult. de her. vel act. vend.* Probatur autem in hac specie dilucide argumento nominis pignori dati; ex qua datione cum creditor cui id pignus datum est, actionem utilem adversus debitorem traditam habeat. [6] *L. nomen, C. quæ res pign. obl. pos.* ea res tamen non est impedimento, quominus eamdem actionem cedat alii. Nam si hæc actio pignori est, licet et pignus pignori dare. *L. unicâ, C. si pignus pign. datum sit.* Quæ datio et ipsa acceptam prius actionem transferet.

XII. Illud in primis ad potestatem cedendæ actionis pertinet intelligi, quod placuit etiam ignorante atque adeo invito debitore actionem adversus eum cedi et transferri posse. *L. 1. C. de novat. L. 2. C. de her. vel act. vend.* Nam de eo potest justa esse dubitatio. Quorsum enim cessio? nempe ut deinde debitor ab eo, in quem actiones translatæ sunt, possit utilibus actionibus aut directis conveniri, ut postea dicetur. *L. 3. L. postquam, L. ex nominis, C. de her. vel act. vend.* Ergo cessio hoc efficit, non tantum ut alius eamdem actionem habeat, sed etiam ut hic alius apponatur novus creditor debitori, quem et debitor cogatur in se dominium litis et actorem experiri invitus. Quod jus pati non videtur. Certe debitor sua vice alium debitorem apponere creditori suo non potest, quem creditor cogatur sequi *L. debitorum, C. de her. vel act. vend.* Cur magis liceat creditori apponere debitori suo alium creditorem, cujus actionem suscipere cogatur? Quod quidem in primis regulæ juris adversari videtur, quæ dictat non debere licere actori, quod reo non permittitur. *L. non debet actori, D. de reg. jur.* Huc etiam facere quis dixerit, quod traditur creditorem con-

3) Quatuor ibi species, in quibus cessio minore pretio facta in totum valet. (1) Actionum hereditariarum inter plures heredes. Ex. gr. Debentur defuncto 300. Tres heredes: Duo accepto modico totam actionem cedunt tertio. Valet venditio. (2) In solutum accepta. Ex. gr. Debentur mihi 50. debitor non habens unde solvat, cedit mihi actionem contra suum debitorem in 60. (3) Accepta pro tuitione possessionis rei alienæ, ex. gr. Dominus qui pignori fundum obligavit cum vindicat a Mævio possessore: Mævius a creditore redimit actionem personalem et hipothecam qua utatur contra dominum: valet redemptio quantocunque pretio fiat. (4) Facta inter plures legatarios ejusdem debiti. Exemplum simile finge ceu in (1) specie Don. *ad d. §. pen. n.* 12. *et* 4. *seqq.* ubi *n.* 17. licet hæ species in *d. §. pen.* expressæ, tamen idem in similibus obtinere, quæ caussam habent necessariam, per verba: *nulla etenim tali ratione* item per ea *in fi. L.* tam pro exceptis quam *aliis* (similibus scilicet) caussis. Veluti si fidejussor solvendi creditor cedat actionem adversus debitorem suum, si plures socii invicem. A. Fab. 12. *Conject.* 12. accipit prohibitionem *d L. pen.* de debito illiquido. Cæterum si actiones non sint suspectæ, sed ita certæ et exploratæ ut de iis nulla lis timeri possit, valere venditionem minori pretio factam forte ideo quia debitori in parato non sit unde solvat, vel si is absit, aut non plane idoneus, creditor autem pecunia præsenti indigeat quia, ratio hic et sententia legis deficit.

4) Idque non tantum cum cessio partim donationis partim venditionis titulo facta, sed et cum venditionis tantum ut contra DD. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 3. §. 4. *n.* 11. *et seq. Facit auth. minoris Cod. Qui dare tut.*

5) Quæ jura cedi alteri nequeant vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 26. *Cl.* 2. quæ contra cedi possint, *ibid. Gl.* 3.

6) De pignore nominis, et quod ipso jure non valeat, sed tuitione prætoris ac cur ita etc. vid. Ant. Fab. 8. *Conject.* 15. *et* 2. *seqq.*

conditionem stipulationis quæ ab initio fuit, immutare non posse. *L. vero*, 12. *D. de solut.* Sed nihil hic de transferendis invito debitore in eum actionibus non recte placuit. Possunt cæteræ res invitis omnibus aliis a domino transferri. Quidni et transferuntur invitis aliis omnibus actiones, quæ non minus nostræ sunt? Apponitur quidem in cessione debitori invito alius actor, alius creditor. Sed dum ea res non noceat debitori, nulla juris aut æquitatis ratio prohibet, quominus creditori ut in re sua id facere liceat. Nam et rem suam quanvis pignori obligatam recte quivis alienat etiam invito creditore, cui pignori obligata fuit: quia eo facto creditori non nocet, dum ei salvum manet jus pignoris. *L. debitorem*, *L. distractis*, *C. de pignor.* Et dominus cujus fundus servitutem debuit, recte invito vicino fundum alienat; quia nihil hic detrahitur vicino cui et post alienationem manet integra eadem servitus. *L. traditio*, §. 1. *D. de acq. rer. dom.* Quare et actio nostra, si in ea alteri adversus debitorem cedenda nihil debitori detrahitur, quominus a nobis recte cedatur etiam invito debitore, nihil est impedimento. Atqui ea cessione nulla fit debitori injuria. Etenim si nihil debuit cedenti, nec debebit ei cui actiones cessæ sunt: omninoque is jure ejus cui successit, uti debet. *L. qui in jus*, *D. de reg. jur.* Si debuit; quominus, solvat recusare non potest. Ac potius injuriarum est non solvere, ubi creditor primus per istum cui cessit actiones, exigat. Nec metuere hic debet reus, ne alii quam suo creditori solvendo non liberetur. Nam et hic cui cessæ sunt actiones, cœpit esse creditor. Et ut non sit; tamen nihil interest ad liberationem, utrum creditori solvatur, an alii voluntate ejus *L. solutam*, *D. de sol. L. restituere*, *D. ad Trebel.*

XIII. Non adversatur exemplum debitoris. Non potest debitor alium vice sua creditori invito debitorem dare: scilicet quia non potest id fieri sine manifesta creditoris injuria. Quid enim si is qui datur, non sit solvendo? quid si de eo dubitetur? quid si sit solvendo, sed homo litigiosus, aut potens, cum quo sit difficilis aut periculosa certatio? Multa denique in omnes partes incidunt, cur tutius sit hunc debitorem habere atque hunc sequi: illum periculosius. Nullum tale periculum aut incommodum 7 metuendum est debitori, cui ex cessione nihil amplius præstandum est, quam sine cessione, et interdum minus. Nam quod regula juris traditur non debere licere actori, quod reo non permittitur: nihil ad rem pertinet. Nihil enim hic concedimus creditori, quod non putemus licere et reo. Potest creditor jus actionis suæ transferre in alium sine debitoris injuria et incommodo. Transferat debitor et obligationem suam in alium sine creditoris incommodo; nihil caussæ dicimus, quin et ipse recte transferat. Quod si non potest, fatendum est, dum hoc ei denegatur, non denegari ei quod actori permittatur. Multo minus ad rem pertinet, quod placet conditionem stipulationis facto creditoris immutari non posse. Cessio enim actionis conditionem stipulationis non mutat, sed conservat: cum actio eodem jure in eum qui accipit transferatur. Quod si mutata actoris persona, hoc ipso putabimus immutari conditionem obligationis: dicendum erit etiam cum actio a defuncto transit in heredem, conditionem obligationis immutari, eoque et transire non posse, quod nemo unquam dixit.

XIV. Postquam ut cæterarum rerum, ita cedendæ et transferendæ actionis jus est, et quatenus id liceat, tenemus: videndum secundo loco, quis sit cedendi modus, ut recte cessa transferatur. Et ut nunc cessionem paulo generalius intelligi volumus omnem rationem, qua volens creditor actionem suam tradit, ut faciat propriam accipientis: hoc sensu creditur actio dupliciter: partim nuda voluntate creditoris, et ejus cui actio ceditur, partim mandando. Nuda voluntate ceditur, et cessa transfertur actio, ut quisque qui actionem suo nomine habuit, dixi se id nomen et eam actionem alii dare transferendi caussa: quod fit, dum præstatur actio ex iis caussis, ex quibus dominium cæterarum rerum transferri solet. Id an recte definiamus, ex partibus definitionis intelligetur. Constat igitur hæc cessio duabus his rebus: voluntate cedentis et accipientis sine alia traditione; item justa caussa, ex qua actio transferatur. Sola voluntate creditoris et accipientis sine traditione cedi et transferri actionem omnem argumento est actio vendita. Vendi nomen seu actionem posse, et ea venditione utiles actiones emptori tribui constat. *L.* 3. *L. postquam*, *L. ex nominis*, *L. ult. C. de her. vel act. vendit.* Atqui certi juris est sola voluntate et solo consensu emptionem contrahi. *Inst. de oblig. ex cons.* Ex quo intelligitur et hoc solo consensu utiles actiones a credito-

(7 Immo si non debet, vel si non solidum; idem periculum, si potentior vel magis rixosus actor adponatur. Quod autem tunc remedium, vid. *supra C.* 26. *N.* 2.

tore in emptorem transferri. Quod et in omnibus aliis caussis similiter probandum est. Sed quoniam non intelligitur voluntas transferendi, nisi sit caussa, cur creditor velit transferre: ideo hic quoque justam caussam exigimus, id est, eam, ex qua res transferri solent: non tamen quæ ad voluntatem transferendi accedat, quando hæc voluntas sine justa caussa præcedente esse non potest, sed quæ eam voluntatem intervenisse testetur: similiter plane ut fit in dominiis rerum transferendis. *L. nunquam*, *D. de adp. rer. dom.* Hujusmodi caussa est venditio, quo genere et actionem in emptorem transferri jam dixi. Sed non est hæc sola. Ut res cæteræ tum corporales tum incorporales ex omnibus aliis caussis ad transferendum idoneis transferuntur: ita et actiones, quacunque ex iis caussis placuit creditori actionem ad alium transire: ut si creditor nomen, id est actionem, in dotem dederit. *L.* 2. *C. de obl. et act.* si dederit creditori suo in solutum. *L. si in solutum, C. eod. L. ult. C. si fisc. vel priva.* si cui donaverit. *L. pen. C. mand. L.* 2. *C. de don.* si legaverit. *L. ex legato, C. de leg.* Etiam in hac re transferendæ actionis idonea caussa est, cum nomen debitoris sui creditor dat pignori. Huc enim spectat datio, et hactenus est utilis, ut nisi is qui dedit solvat creditori suo, liceat ei qui pignori accepit adversus debitorem experiri. Quod ita fit, si ei actio detur eo nomine: quam ad rem et ei utilis actio competit. *L. nomen*, *C. quæ res pig. oblig. poss. L. postquam, C. de her. vel act. vend.* Ergo in hac translatione actionis hactenus cætera cum translatione cæterarum rerum communia: voluntas transferentis accipientisque, et hujus voluntatis indicium idonea caussa ad transferendum. Quæ duo in omni translatione rerum exigimus. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis. L. nunquam*, *D. de adq. rer. dom.* Hoc dissimile, quod cæteræ res inter vivos non transferuntur sine traditione. *d.* §. *per traditionem*, *L. traditionibus*, *C. de pact.* In actionum cessione et translatione superiore nulla voluntas dantis et accipientis sufficit, quod exemplo venditi nominis seu venditæ actionis paulo ante diximus. *d. L. postquam*, *C. de her. vel act. vend.* Nec mirum, si hic non requiratur traditio. Frustra enim requiratur, quæ in his per rerum naturam nulla est. Sed nec quidquam traditioni simile in his potest intervenire, quale potest in aliis rebus incorporalibus, puta usufructu, et servitutibus; in quibus et dominus qui cedit, et is cui servitus ceditur, facere possunt inter se, quod pro traditione habeatur: dum hic inducitur in fundum, et utitur servitute, dominus autem utentem patitur. *L.* 3. *D. de usuf. L. ult. D. de servit.* At in actionibus cedendis nullus istiusmodi usus accipientis, nulla cedentis patientia intervenire potest, cum actionis usus instituatur cum debitore, cujus nullæ sunt partes in hac cessione. Hac de caussa ex omni datione et cessione nominis, quæ fit non mandatis actionibus, non aliæ transferuntur actiones, quam utiles. *d. L. postquam*, *L. ex nominis*, *C. de her. vel act. vend. d. L. ult. C. si fisc. vel privat. d. L. ex legato*, *C. de legat.* Quippe traditionibus et usucapionibus jure directo res transferuntur. *d. L. traditionibus*, *C. de pact.* §. *per traditionem*, *Instit. de rer. divis.* Actionis autem datio nullam traditionem admittit.

XV. Quod si quis directas actiones creditoris cessione in se transferri vult, potest id consequi: sed tamen et hoc non recta, sed tantum obliqua via, nempe mandatis a creditore actionibus. Mandatarum actionum verbo significari directas, eas ipsas quas creditor suo nomine habuit, vel hinc intelligimus, quod ubique mandatæ actiones distinguuntur ab utilibus translatis. *d. L. ex nominis*, *de her. vel act. vend. L. ult. si fisc. vel privat. d. L. ex legato*, *de legat.* Non sunt autem aliæ quæ distinguantur ab utilibus, nisi directæ. §. *ult. Inst. de leg. Aquil. L. actio*, *D. de neg. gest.* Sed et hæ directæ nominantur aperte in *d. L. ex legato.* quarum translatio cum mandatis solum actionibus contingat, nempe hinc factum est, quod de cessionis verbo initio monui, ut in usu juris illæ demum proprie dicantur cedi actiones, quæ mandantur; unde et cessæ et mandatæ actiones pro eodem [8] usurpentur. *d. L. Modestinus*, *D. de solut.* Convenit enim verbum cedendi proprie et per excellentiam in iis actionibus transferendis usurpari, quæ propriæ sunt actiones creditoris. Nam de his cedendis agitur. Hæ autem sunt directæ: atque hæ non nisi mandatæ transferuntur, ut dixi. Quomodo tamen, quatenus, et quo sensu transferantur, ex definitione verbi intelligetur. Manda-

8) Cedere et mandare actiones an differant controversia est Azonis ac Bassiani exposita ab Accurs. in *L.* 1. *C. de O. et A.* Ille negat: hic affirmat, ref. Curt. 3. *Conject. ad Fr.* 19. qui Azoni assentitur. Contra A. Fab. 12. *Conject.* 6. mandare actionem et nomen cedere longe diversa esse, quod nostro omnino repugnat. Puto differre ut genus et speciem: omne mandatum actionum esse cessionem; sed non omnes actiones cessas mandatas dici posse. Certe *d. L.* 76. tantum probat mandatas recte appellari cessas, nihil ibi quod solæ aut proprie.

dare actiones est, actiones suas, eas ipsas quæ cuique directo competunt, alteri exercendas committere suo quidem nomine, ex persona tamen mandantis. Id quidem vis verbi per se indicat. Est enim mandare, non utique transferre aliquid in aliquem, sed aliquid alteri gerendum committere, quod suscipiatur ex persona mandantis. *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *D. mand.* Ita necesse est, si recte dicuntur actiones mandari, eas intelligi, quæ committuntur alicui gerendæ, id est, exercendæ ex persona mandantis. Et vero hoc ita est, ut mandatæ actiones dicantur exerceri ab eo cui mandatæ sunt, solum ex persona mandantis. *L. ult. C. si fisc. vel priv. L. qui stipendia, C. de proc.* Inde factum est, ut is cui mandantur actiones, idem dicatur in his actionibus procurator fieri in rem suam: sintque omnino hæc eadem, mandare alicui actiones nostras, et eum procuratorem in rem suam facere. Quod facile intelligetur ex *L. emptor.* juncta *L. ex nominis, C. de her. vel act. vend.* in quibus hæc pro eodem usurpari observabimus. Congruit *L. quod si nolit,* in pr. *D. de minor. L. procuratore in rem suam, D. de proc.* ut si quid ad definitionem mandatarum actionum aliquid apertius volumus, quærimusque quomodo isto modo, quem dixi, mandentur actiones; liceat definire hoc modo, ut mandare actiones alicui, sit eum in rem suam procuratorem facere. Et vero efficitur hæc definitio ex priore, convenitque cum verbi significatione. Is cui mandantur actiones, dicitur, atque adeo fieri debet procurator in actionibus exercendis: Recte: is enim adhibetur ad alienas actiones exercendas mandatu et ex persona domini ejusdemque creditoris. Procurator autem est omnis, qui mandatu domini negotium aliquod ejus administrat. *L.* 1. *D. de procur.* Sed idem ita est procurator, ut sit in rem suam, id est, ut omne commodum et incommodum earum actionum sit ejus. Ergo qua parte actionem mandatum is exercet mandatu et ex persona mandantis, eatenus directa actio in eum non transfertur, quanvis mandata. Rursum qua parte idem procurator est in rem suam, effectu eam ipsam directam ejus fieri recte dixeris. Ea enim propria res cujusque esse dicitur, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. *L.* 1. §. *in propria, D. quand. app. sit.* Cujus exitus habita ratione mandatæ directæ actiones non male dicuntur esse, et traditæ, quia hoc modo directe, licet obliqua via, 9) transferantur. Quæret aliquis; cur actiones directe non efficiantur propriæ ejus cui mandatæ sunt, ut ob id necesse sit eum has actiones exercere ex persona mandantis. Id caussæ est, quia juris ratio non patitur ullas actiones directas in alium recta transferri. Meminisse enim debemus omnem actionem in personam ut ex certis caussis inter aliquos constituta est, ita certis tantum personis constitutam esse, et adversus certas personas, ad quas nimirum eæ caussæ pertinent. Mandata et cessa actio earum personarum conditionem non mutat. Quo fit, ut in alium translata actione, non possit in ejus persona directa illa actio consistere, quæ cedenti competebat. Sit exempli gratia venditor, qui fundum vendiderit centum, necdum pretium acceperit. Habet is eo nomine actionem ex vendito, quæ soli venditori competit, non alii. *L. Julianus, §. ex vendito, D. de act. empt.* Finge hunc id nomen vendere, et in eam rem mandare actiones suas ei qui nomen emit. Apparet jus superius non pati, ut actio ex vendito quæ venditori competebat, in istum emptorem nominis trasferri possit. Nulla enim cessione nostra effici potest, ut is cui cedimus actiones nostras, sit venditor: nunc autem quæ illi ceditur actio, soli venditori competit. Idemque in cæteris actionibus licet intelligere. Ne igitur mirum sit, si dum volumus directas actiones nostras transferri, inventa sit obliqua hæc ratio, ut mandentur, id est, tradantur quidem alteri exercendæ, sed ex persona nostra. Quoniam aliter cedi non possunt. Sed si mandatis actionibus, ne tum quidem recta transferuntur directæ actiones, cur distinguuntur tot locis actiones mandatæ a nomine simpliciter dato? ut *d. L. emptor. L. ex nominis, C. de her. vel act. vend. L. ult. C. si fisc. vel priv. L. ex legato, C. de leg.* Hoc ideo quia nomine simpliciter dato nihil transfertur in accipientem nisi actio utilis, qua ille utitur suo nomine. Mandatis autem actionibus, transfertur directa, etsi qui accepit, hanc exercet ex persona mandantis. Utrum autem horum fiat, etiam in re ipsa nonnihil interest. De quo in quæstione de effectu cessionis paulo post dicemus. Illud monendi sumus, mandatis actionibus ut directas, ita simul et utiles transire: has quidem quas procurator in rem suam datus moveat suo nomine, ut modo dixi, illas autem quibus utatur ex man-

dan-

9) Hotom 6. *Obs.* 16. P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 6. Diss. Curt. *Conject. ad Fr.* 9. quia directæ sic intra viscera ejus cui debetur hæreant, ut avelli vix possint.

dantis persona. *L. procuratore in rem suam dato, D. de procur. L. 1. C. de obl. et act.* Idque ex superioribus satis intelligitur. Nam qui mandavit actiones suas, is utique voluit nomen accipientis fieri. Diximus autem sola hac voluntate transferri utiles actiones. Atque his modis ceduntur transferunturque actiones tum utiles, tum directæ.

XVI. Quibus translatis superest tertium, ut de vi et potestate cessionis cognoscamus: in quo est, quid quantumque hac cessione in accipientem transferatur, quid apud cedentem de vetere actione maneat, et utrumque quo effectu. Transire in accipientem ut minimum utiles actiones diximus: si mandatæ sint actiones, diximus etiam transire directas suo tamen modo. Hoc primum videndum in hac translatione, an quod transit, fiat proprium accipientis, et quatenus. Hoc eo pertinet quærere, ut sciatur nullone modo jam pedeant actio cessa ex cedendis persona, ita ut nec ex pœnitentia ejus possit revocari, nec ejus morte finiatur. Et de utilibus actionibus convenit eas isto modo accipientis fieri proprias. Id enim significat, quod dicitur eum cui nomen datum est, utiles actiones habere suo nomine. *d. L. ult. C. si fisc. vel privat. L. ult. C. de hered. vel act. vend.* Quod semel nostrum esse cœpit, id a nobis recedere, et ad alium transire sine facto nostro non potest. *L. id quod nostrum, D. de reg. jur. L. si procurator meus, D. de acq. rer. dom.* Quanquam in eo nihil admodum argumentatione est opus, cum utrumque superius de utilibus actionibus certis locis confirmetur. Non posse eas revocari a cedente ex pœnitentia, traditur in *L. procuratore in rem suam, D. de proc.* Non finiri autem morte cedentis quanvis sine herede decesserit, expressum est in *L. 1. C. de obl. et act.* Non sunt per omnia in eadem caussa mandatæ actiones. Ac primum in his de utroque superiore justa dubitatio est, an quidquam eorum admitti debeat. Nam præterquam quod ipsum mandatarum actionum nomen in his mandatum versari ostendit, etiam diximus et juris certi est eas exerceri ex mandatu et persona cedentis. *d. L. ult. C. si fisc. vel privat. L. qui stipendia, L. de procur.* Conditio autem mandati hæc est, ut finiatur mandatum morte mandantis, et idem multo magis voluntate ejus revocetur rebus integris. *§. recte, Inst. de mand.* Sed placuit, dum sit aliquis, ex cujus persona directæ actiones mandatæ exerceantur, similiter et istas accipientis proprias fieri, ut nec revocentur voluntate mandantis, nec finiantur ejus morte. Nam quod dicitur in *d. L. procuratore in rem, D. de proc.* si dominus qui aliquem fecit procuratorem suum, id est qui mandavit actiones, velit mutata voluntate experiri ipsi adversus debitorem, non esse eum præferendum procuratori in rem suam dato: plane nihil aliud est, quam eum non posse ex pœnitentia revocare et inhibere mandatas actiones. Quod si aperta voluntate mandantis revocari non possunt: multo sane minus ejus morte finientur, ubi fieri potest, ut decedens mandator nihilominus in eadem voluntate manserit. Et vero hoc modo non finiri declaratur in *d. L. 1. C. de obl. et act.* Recte utrumque: neque contra legem et conditionem mandati. Neque enim hic versatur vere mandatum: cum etsi contentio sumatur ex alterius persona, vere tamen procurator rem suam propriam gerat, non alienam, ut dicitur in *d. L. qui stipendia, C. de proc.* quod longe recedit a vero mandato, in quo res aliena geritur. Ergo rei nostræ mandatum re integra recte revocatur voluntate nostra, et morte nostra finitur, quæ lex est et conditio superior mandati. Quominus autem pertineat ad revocanda, quæ aliena esse cœperunt, et repugnat mandati natura, et regula juris prohibet, quæ non patitur, quod nostrum est, ab invitis nobis recedere. *d. L. id quod nostrum, D. de reg. jur.*

XVII. Hactenus ergo in summa utraque cessione superiore et utiles et mandatæ actiones sic fiunt propriæ ejus cui nomen datum est, aut nominatim actiones mandatæ, ut neutra revocari possit voluntate cedentis, aut finiatur ejus morte. Neque tamen ambæ in eadem caussa, ut proposui. Hoc interest, quod utiles actiones translatæ nullo casu recedunt ab eo qui eas accepit, ac ne tum quidem cum is qui eas transtulit, decessit sine herede; quinimmo ut tum durant, ita maxime earum usus est. Contra actiones mandatæ quia exercentur ex persona mandantis, sane perdurant, quandiu vivit, qui mandavit, aut ita decessit, ut heredem haberet. Sic enim fit, ut hic quoque recte exerceantur ex persona heredis, qui in locum defuncti successit, et eadem persona hebetur. Quod si mandator decesserit sine herede placet evanescere mandatas actiones, ut jam is cui mandatæ erant, his uti non possit. Proinde utilem ei competere: utilem, inquam, non quæ nunc primum incipiat, cum ostenderimus et hanc longe ante cœpisse ex voluntate mandantis: sed quæ nunc primum sola sit, qua utatur, cum prius mandatis et utilibus

ex-

experiri potuerit, prout visum esset. Hæc in *L. 1. C. de obl. et act.* Estque omnino hæc sententia ejus rescripti. Differentiæ ratio ex illa priore differentia ducitur, quod diximus eum in quem transfertur nomen seu actio, utiles actiones exercere suo nomine, mandatas directas ex persona mandantis. Quod suo nomine habere cœpit, in eo jus illi non pendet ex persona alterius, ut proinde alterius personam cujusquam hic spectare non oporteat. Quod autem habet et exercet ex alterius persona, tale est, ut ea persona sublata, et ipsum interire necesse sit, quia jam amplius non est, quod hic exerceatur, ut oportet.

XVIII. Harum actionum, quæ ita accipientis propriæ factæ sunt, quæ vis sit, et quid earum cessio accipientibus tribuat, deinceps videamus. Res esset expeditior, si ex cessione ita hæ actiones transferrentur, ut simul omnis actio ab eo qui cedit, discederet, translata in accipientem. Nunc autem ita est cessio omnis superior, ut qui actiones suas vendidit, aut quavis alia de caussa contulit in alterum, item et qui eas mandavit, nihilominus post eam cessionem easdem directas actiones [10] retineat, quas prius habuit, *L. 3. C. de novat.* unde et illum adversus debitorem suum quem non liberavit, interdum his experiri posse non uno in loco traditum legimus. Ut *L. 3. C. mand. d. L. 3. C. de novat.* Et certe ubi utiles solum transferri placet, hoc ipso arguitur directas manere penes cedentem, quia non solum translatæ. Sed et quod dicuntur directæ actiones mandatæ exerceri ex persona mandantis, non minus et hoc certum argumentum est directas esse mandantis, quas necesse sit ex persona ejus peti. Quid ergo est? Ut dum is qui cessit, non impediat (ubi autem impedire possit, de eo paulo post) cessionis ac superiorum actionum eam vim esse dicemus, ut quod jus fuit cedentis, id scilicet transferatur in eum qui eas actiones cessionis jure obtinent. Fuerunt autem in jure creditoris hæc duo: exactio debitæ quantitatis, et debitori quovis modo liberandi potestas. Et hæc ipsa sciamus [11] translata esse in accipientem cessis actionibus. De exigendi potestate dubitari non debet. Quid est enim actio, nisi jus persequendi judicio quod sibi debetur? *Inst. de act.* in pr. At hæc ipsa actio, id est hoc ipsum persequendi et exigendi jus translatum est. Sed an ab invito debitore exigere potest, qui cum eo nihil contraxit? Potest et maxime. Idque idem actionis verbum per se indicat. Est enim, ut dixi, actio jus persequendi judicio: nullum autem judicium, nisi in invitum. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. obl.* Ita fit, ut debitor, qui prius huic nihil debebat, sine ulla caussa ex illis summis quatuor, huic debere et teneri incipiat. Is enim debitor recte definitur, a quo invito pecunia exigi potest, ut sit et ei debitor, qui potest exigere. *L. debitor*, *D. de verb. signif.* Hinc quæsitum scilicet illud, quod ad potestatem cedendæ actionis pertinet, possitne igitur vendi, aut alia quavis ex caussa cedi actio ignorante et invito debitore, adversus quem venditur, ceditur. De quo in ea parte supra diximus ita, ut efficeretur cum juris et æquitatis rationibus congruere hanc sententiam, non tantum ignorante debitore, sed et invito adversus eum actiones a creditore in alium transferri posse. Quod si verum est, sequitur ut cui adversus ignorantem et invitum actio cessa est, idem et cessa actione adversus invitum exactionem habeat debitæ quantitatis. Habet idem præterea debitoris liberandi potestatem. Et quidem si ei debitor solvit, merito liberabitur, quia solvit voluntate creditoris: cum nihil intersit, ut dixi, utrum creditori solvatur, an alii voluntate ejus, *d. L. solutam*, *D. de sol.* Sed amplius dicimus: etsi cum emptore hereditatis, proinde et cum emptore actionis, in quem eumdem utiles actiones cessione translatæ sunt, pactum factum sit debitoris liberandi caussa; et venditor, idemque vetus creditor agat, placet debitorem adversus eum exceptione doli mali tutum fore, quasi ab eo liberatum pacto, cui propter utiles actiones debitum fuerit. Hoc in *L. si cum emptore*, *D. de pact.*

XIX. Sed horum utrumque; inquam, ita, nisi vetus creditor, qui actiones cessit, impediat. Quid enim, si directis actionibus, quas apud eum manere constitit, experiatur adversus debitorem suum, et pecuniam exigat? Quid, si debitor ei solvat sua sponte, aut creditor cum eo aliter transigat ejus liberandi caussa? Si quidem hæc creditor jure

re

10) Hotomanus 6. *Obs.* 16. Don. noster ad *L. 3. C. Mand.* n. 5. Ant. Fab. 12. *Conject.* 6. quia, inquit, mandando non id actum est ut illas amitteret, sed ut earum fructum, ministerium exibente procuratore, sive nudus sit, sive in rem suam, facilius consequatur.

11) Ut quoties creditori parata exsequutio, toties quoque ei cui nomen cessum, Parlador. 2. *Rer. quotid.* C. *fin.* P. 5. §. 4. n. 5. Et cessionarium proprie esse creditorem, ut si ex L. municipali ad creditoris instantiam possit procedi ad capturam sine citatione, idem sit in eo. Ant. Massa *Lib. 3. de Exerc. Jurisperit.* n. 54. quia alter verus debitor; et quia ei competat definitio creditoris, quod debitoris fidem sequatur.

re potest, et quid eorum factum erit, impedietur scilicet jus superius ei cui actio cessa est. Sin aliter, manebit. Itaque hic quærendi locus est, quid creditori post cessionem liceat ad inhibendam accipienti cessam actionem, aut non liceat. In quo hæc distinctio tenenda est, quam suggerit *L.* 3. *C. mand.* ut si quidem res integra est creditori, item et debitori: vetus is creditor solus pro vetere jure exactionem et liberandi debitoris potestatem habeat, eoque et potestatem inhibendæ cessæ actionis. Sin res his desierit esse integra, convertatur hoc jus transferaturque totum in eum in quem actiones translatæ sunt. Ac creditori ad jus suum pristinum exsequendum res integra est, donec scilicet illi integra esse desinat.

XX. Desinit autem illi esse integra, aut facto et persecutione ejus, cui actio cessa est, aut sola scientia debitoris. Facto et persecutione ejus cui actio cessa est, simulatque suo jure usus aliquid fecit cum debitore quod pertineret ad debitum obtinendum. Cujusmodi facta sunt tria, quæ comprehensa sunt in *L.* 3. *C. de novat.* quibus totidem effici *illic* traditur, ut deinceps semper integra sit actio ei cui cessa est, nec possit ullo facto veteris creditoris inhiberi. Primum factum est, si is actionibus cessis usus litem [12] contestatus sit eo nomine cum debitore. Proximum si extra judicium obtinuerit a debitore, ut vel partem debiti ei solveret. In quo præter creditoris persecutionem accedit etiam agnitio debitoris. Tertium si vel tantum is qui actionem accepit, significaverit debitori sibi actionem cessam esse, eique denuntiaverit, ut sibi solveret. Quod tamen sic intelligemus, si id ita significaverit novus creditor, ut debitorem ejus cessionis certiorem faceret, ut verba sunt *L. nomen*, *C. quæ res pignor. obl. poss.* Quæ verba Bartolus recte sic accepit; ut si debitor non credat, probari ei oporteat cessionem, puta aut prolato instrumento ejus cessionis, aut honestis testibus, aut confessione ipsius creditoris.

XXI. Quid ergo si nihil istorum fecerit is cui actio cessa est? Et scriptum est in *d. L.* 3. *C. de novat.* posse hac conditione veterem creditorem suis actionibus expertum inhibere cessas actiones. Quo significari videtur id ita jus esse, ut quanvis debitor de cessione aliunde certo cognoverit, tamen nihil hoc prosit ei cui actio cessa est ad jus suum confirmandum, nisi ipse saltem eo processerit, ut debitori denuntiaret se sibi solvi velle. Quod et plerisque visum est, ut et interdum in hac re nutanti Accursio. Sed verius est, quod et Bartolus [13] probat *L. si cum emptore, D. de pact.* satis esse debitorem undecunque certo scire cessionem esse factam, ut invito eo cui actio cessa est, non sit illi integrum creditori qui cessit, solvere. Prius quidem illud retineremus omnino, ut verbis *d. L.* 3. convenientius. Sed ut desint aliæ rationes, prohibet. *L. ult.D. de trans.* ubi vendita hereditate et mandatis emptori actionibus hereditariis, placet debitorem a venditore transactione liberatum ita demum adversus emptorem, cui cessæ erant actiones, tutum esse, si is ignoraverit venditam hereditatem esse. Proinde nihil ei profuerit creditoris pactum ad inhibendas actiones cessas, si ipse actionem venditam, aut mandatam esse non ignoraverit: ut dicendum sit, quod proposui quanvis ab eo cui actio cessa est, nihil eorum factum sit, quæ supra scripta sunt; tamen dum debitor aliunde sciat cessam esse actionem, solam hanc scientiam satis esse, ut res ei ad alii solvendum desinat esse integra. Et vero ratione id efficitur. Nam cum post cessionem debitor ei cui actio cessa est, teneri cœperit utilibus actionibus, nisi quæ justa caussa eum alii solventem excuset, facto suo his actionibus liberari non potest. *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *D. de verb. obl.* Jam vero hæc potest justa caussa esse, quæ eum excuset, si ignoret in quemquam translatas esse actiones, et in quem sint translatæ. Quod si sciat, nihil est, quod eum defendat, quominus cui prius teneri cœperat, etiam nunc teneatur. §. *recte, Inst. mand.* Atque adeo, quod dicitur in *d. L.*

12) Hotom. 6. *Obs.* 16. quia, ait, per litis contestationem delegatio fieri intelligitur *L.* 11. *de Novat. L.* 2. *Sol. matrim.* Rectius dicetur, quia prior obligatio in novam obligationem judicati transfusa *L.* 3. §. 11. *de Pecul.* Vid. et Ant. Faber multum a nostro diffidens 12. *Conject.* 6.

13) Consentit Fachin. 3. *Contr.* 94. post. Osasc. quem refert *Decis. Pedem.* 44. Diss. Curt. 3. *Conject. ad Fr.* 19. quia etsi aliunde sciat, dissimulare debeat, ne videatur coriosior, arg. *L. doli* 19. *de novat. in fin.* Et Ant. Fab. 12. *Conject.* 3. (1) *per L.* 4. *C. Quæ res pig.* verbis *nondum certior a te factus.* Resp. Perinde est si aliunde certus, posito fine, de mediis nihil curandum: deinde *d. L.* 4. rescripta ad certam speciem et consultationem propositam. (2) Per rationem juris, quia cedens manet creditor. Solutio autem facta vero creditori semper proficit. Resp. Ratio hæc, si concludens, sequitur etiam post denunciationem cessionarii solvi posse cedenti, cum adhuc habeat directas actiones; quod tamen nemo, et nec ipse Faber, dicere audet. Ac licet regerat Faber post denunciationem actionem directam inefficacem esse ob exceptionem doli, reponendum tamen et citra denunciationem eandem exceptionem cedenti obstare, ut hic Donellus. Quin igitur verus post cessionem creditor re et effectu est cui cessum est nomen, cum cedens maneat creditor subtilitate juris. (3) per æquitatem. Probabiliter ait Faber, ignorare potest debitor an cessionarius actione cessa uti velit. Resp. Ignorantia hæc improbabilis per vulgatum illud; Nemo suarum rerum profusor et jactator resupinus censetur. Objicit sibi Faber. Ex facto cedentis dum solutionem extorquet et accipit, injuria nasci non debet cessionario. Respondet ad id factum hoc esse ejusmodi, quo etiam non interveniente contingere possit liberatio, veluti si debitore solutum accipere recusante obsignaverit et deposuerit. Sed negandum est Fabro, quod pro confesso sumit, etiam hoc casu ubi actio cessa est obsignationem factam cedenti liberare.

L. 3. *Cod. de novat.* denuntiationem ejus cui actio cessa est, sufficere, ut ei perpetua fiat actio: satis argumenti est, ut declaretur et in eo debitore qui cessionem aliunde cognoverit, idem esse probandum. Neque enim certiorari debet, qui non ignoravit. *L.* 1. in fin. *D. de act. empt.*

XXII. Quid ergo si his casibus nihilominus solvat debitor veteri creditori? Effectum est nihil ei prodesse quo liberetur utilibus actionibus. Quod tamen solverit, si iterum exigatur ab eo cui actio cessa est, repetere potest a vetere creditore conditione ob caussam. Solutum enim hoc est ob caussam, ut liberaretur: quæ caussa in proposito secuta non est. Quid tamen, si vetus creditor urgeat debitorem, et judicio experiatur? Dicendum est eum summo jure recte experiri, cum directæ actiones apud eum manserint, *d. L.* 3. *C. de novat.* sed exceptione doli mali a debitore summoveri posse. Dicet enim cessas esse ab eo actiones alteri, quo invito non jam sibi integrum sit alii solvere, ut liberetur. Non esse æquum, ut cum agenti solverit, cogatur deinde et ei cui actiones cessæ sint: iterum solvere. *L. bona fides*, *D. de reg. jur.* Atque hinc doli mali exceptio: cui toties locus est, quoties per occasionem juris civilis aliquid contra naturalem æquitatem petitur. *L.* 1. *D. de dol. mal. exc.*

XXIII. Quod si is cui actio cessa est, nihil eorum fecerit, quæ supra diximus et debitor non arguetur scivisse actiones esse cessas, aut etiam aderit is cui actio cessa est, et dicat se non impedire quominus qui cessit, agat: hic demum verus creditor integrum jus suum cum debitore retinet cum ad exigendum, tum ad liberandum. Exigere eum ut re integra posse, id ipsum est, quod traditur in *d. L.* 3. *C. mand. d. L.* 3. *C. de novat.* Posse autem eum ita transigere et pacisci cum debitore, ut eum liberet, et inhibeat cessas actiones, diserte scriptum est in *L. ult. D. de trans.* Quod si potest quovis pacto, multo magis naturali solutione interveniente eum liberabit. Enimvero cum cessis actionibus cœperit debitor teneri ei, cui cessæ sunt: quomodo his actionibus facto suo liberari potest invito eo cui tenebatur? quod quidem jus certum prohibet. *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *D. de verb. obl.* Non liberatur summo jure, sed utilitatis caussa, ne dum solvit ei, cui soli se teneri putabat, justa ignorantia ei damnum adferat. Ut est in §. *recte*, *Inst. de mand.*

XXIV. Quid tamen si dum vetus creditor agere incipit rebus integris cum vetere debitore suo, existat is cui actio cessa est, et velit potius sibi solvi, ac potius se admitti ad agendum: in hoc concursu uter alteri præferetur? Placet domino præferri eum cui actiones cessæ sunt, qui idem utiles actiones cœpit habere suo nomine. Hoc in *d. L. procuratore in rem D. de proc.* Quod et ipsum superioribus consequens est. Nam eo cui actio cessa est ita existente et denuntiante ut sibi solvatur, diximus creditori veteri desinere rem esse integram, nec jam deinceps posse eum actiones cessas inhibere. *d. L.* 3. *C. de novat.* Sed hoc ita est, inquam, si dum creditor agere incipit cum debitore, idest ante litem cum eo contestatam, exsistat is cui cessæ sunt actiones. Cæterum si jam creditor judicio egerit, et litem erit cum debitore contestatus, efficitur actio ejus propria, quæ litis contestatione perpetuatur. *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut.* ut jam nihil hinc decidere possit ulla ejus cui actiones cessæ erant, denuntiatio. Certe vetus creditor litem cum debitore contestando, novam adversus eum actionem sibi adquisivit judicati. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Hæc semel illi quæsita, quam non transtulit, invito adimi non potest. *L. ult. D. de pact. L. habere*, *D. de evict.*

XXV. Et hoc quidem jus est utilium actionum, quæ vel ex datione sola nominis, vel mandatis actionibus in aliquem translatæ sunt, si quidem is in quem translatæ sunt, his experiatur. Quod si cui, mandatis sibi actionibus, his uti placeat, est in his interdum nonnihil amplius, quamobrem etiam expediat his potius experiri. Jam dixi eum qui utiles actiones habeat, eas movere suo nomine: mandatas autem actiones exerceri ex persona mandantis. *d. L. ult. C. si fisc. vel privat.* Ea res facit, ut qui utilibus actionibus experitur, nihil amplius possit petere, quam quod in re debetur: privilegio autem personæ cedentis ullo uti non possit, qui suo nomine agit, non ex alterius persona. Contra qui experitur mandatis actionibus, is ut experitur ex persona mandantis, ita et jure ejus uti debeat, atque adeo [14] debeat ejus persona fungi. Quod et illi tribuitur totidem verbis in *L. emptor*, *C. de her. vel act. vend.* Id autem valet, eum qui man-

14) Nam procurator in rem suam nomine domini vice mutua conventus compensare possit suo nomine, quod actor domino debet, vid. Cujac. 24. *Obs.* 37. Contra an exceptio compensationis aliave, qua cedens repelli potuit, objici possit cessionario, vid. Ant. Fab. 12. *Conject.* 9. Tessaur. *Decis.* 22. Leonh. *Coppel. de Compens. Cap.* 4. *n.* 20. *et seqq.*

mandatis actionibus utitur, etiam privilegio mandantis uti posse. Propone hoc modo: Pupillus actionem tutelæ quam habebat adversus aliquem tutorem suum, vendidit Titio, aut Titio donavit: ejusque exercendæ caussa mandavit Titio actiones suas. Titius procurator in rem suam factus mandatis actionibus utens debitum petit ab eo tutore. Et cum alii plures creditores essent ejusdem tutoris, reperitur is tutor non omnibus esse solvendo Dicemus actorem istum, eumdemque procuratorem in rem suam factum, privilegio pupilli ut posse; ut cæteris creditoribus in actionibus mandatis præferatur. Est autem hoc privilegium pupilli, ut sine alia conventione res tutoris habeat sibi pignori obligatas pro officio administrationis. *L. pro officio*, *C. de admi. tut.* Nec quisquam offendatur eo, quod privilegia et beneficia personalia ad alios non transeunt. *L. quia*, *D. sol. mat.* *L. privilegia*, *D. de reg. jur.* Cum enim agitur ex persona alterius, si quis in ea lite privilegio ejus utitur, non tam videtur ipse uti, quam in cujus persona fungitur: ut dicendum sit hic non tam ad agentem privilegium transire, quam in eo, ex cujus persona contentio suscipitur, consistere. Inde etiam placuit defensorem privilegio domini uti posse. *L. alia*, *D. sol. matr.* Superius tamen sic accipiemus, si cessio fuerit voluntaria: qualis est, cum venditur actio, aut hereditas, vel donatur, et ex ea caussa mandantur emptori vel donatario actiones. Et de hac specie agitur in *d. L. emptor*, *C. de her. vel act. vend.*

XXVI. Aliud probandum est, cum cessio est necessaria. Quæ distinctio inducitur ex responso Papiniani, quod exstat in *L. ex pluribus*, *D. de adm. tut.* Unus ex pluribus tutoribus in solidum condemnatus solvit pupillo: sed prius quam solveret, jure consecutus est, ut sibi mandarentur a pupillo actiones adversus alios contutores. Quanvis ut procurator in rem suam datus agat, idest quanvis mandatas actiones ex persona pupilli exerceat, negat tamen Papinianus eum privilegium pupilli habiturum, quod nec heredi pupilli datur. Non enim, inquit, caussæ, sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem. Hoc ille recte in ea specie in qua cessio confertur a pupillo in tutorem solventem. Est enim cessio necessaria: cum possit tutor non solvere solidum, nisi sibi mandentur actiones adversus reliquos tutores. *L. 1. §. nunc tractemus*, *D. de tut. et rat. dist.* Necessitate juris coactus cedens actiones nihil intelligitur de suo proprio transferre in eum qui accipit, sed solum id quod est proprium actionis. Bene enim Modestinus, in necessitatibus neminem liberalem exsistere. *L. rem legatam*, *D. de adim. leg.* Adde, quod magis hæ actiones [15] a lege cedi videntur, quam a pupillo: ut in his coercendis non ita conveniat spectari personam pupilli. Ac de cessione actionum satis dictum est.

XXVII. Qui tertius est, ac reliquus transferendæ actionis modus, lege transferri actio intelligitur, cum inter vivos sine ulla cessione creditoris jure ipso ejus actio in alium transfertur. Quæ translatio inter certas personas recepta est propter utilitatem. Earum personarum tria genera sunt. Aut enim transfertur actio a pupillo in tutorem, aut a procuratore seu institore in dominum, aut a domino alteri cavente in eum cui cavit. A pupillo transfertur actio tutelæ in tutorem adversus reliquos contutores, cum unus ex tutoribus conventus solvit pupillo. Potuit is quidem petere a pupillo, ut sibi mandarentur actiones. Sed quanvis neque id petierit, neque ei actiones mandatæ sint: placuit tamen nihilominus eum utilem actionem habere adversus contutores pro parte singulorum. *L. 1. §. nunc tractemus*, *D. de tut. et rat. dist.* Non idem servatur inter duos fidejussores, cum unus conventus solidum solvit. Id enim si simpliciter facit, nec desiderat, ut creditor sibi cedat actiones adversus alterum fidejussorem, actio ei adversum illum alterum non competit. *L. cum alter*, *C. de fid.* Hæc ideo, quod priore casu quod tutori adversus contutorem utilis actio tutelæ datur adversus contutores, in eo ratio habita est, non tutoris, sed pupilli, cui hac ratione consulitur. Nam dum tutor intelliget se actionem habere de parte ejus quod solvit, adversus contutores, facilius solidum solvet pupillo, nec pupillo in desiderandis mandatis actionibus molestus erit. Nullus autem ejusmodi favor est in aliis creditoribus, ut propter hoc debuerit eodem modo consuli uni ex fidejussoribus creditori solidum solventi. At quomodo obligentur contutores tutori, cum quo nihil contraxerunt? Sane ex persona sua non obligantur. Sed tutor hic incipit actionem habere ex persona pupilli Ea est actio tutelæ, qua nunc utili experitur, non cessa, sed a lege tributa.

XXVIII. A procuratore in dominum transfer-

15) Actionem item de dote cessam non gaudere privilegiis dotis. Mynsing. 3. *Obs.* 3.

fertur actio, cum procurator negotium domini gerens actionem aliquam sibi adquisivit. Hanc quidem ille judicio mandati cedere domino cogitur. *L. possessio*, §. *ult. D. de adquir. poss.* Sed ut non cesserit, æquitas suasit quibusdam in caussis nihilominus domino eo nomine utilem actionem dari: non quæ illi per procuratorem adquiratur, quod regula juris vetat: sed quæ primum quæsita procuratori post deinde a procuratore in dominum transferatur. Quod tamen non passim receptum est, sed ut dixi, certis tantum in caussis, et his tribus. Una, si procurator ex re domini stipulatus sit, aliamve quam actionem ex alia caussa adquisierit. *L. quod procurator*, 68. *D. de proc.* exempla in *L. in caussæ*, 27. in fin. et *L. si procurator*, seq. *eod.* Altera, si procurator præsente domino ad quem ea res pertinebat, contraxerit. *L. si procurator*, 79. *D. de verb. obl.* Tertia, si justa caussa alia erit, cur detur domino actio. Ut dicitur in *L. Damni*, 18. §. *ult. D. de dam. inf.* quod alibi ita explicatur, si domino adversus procuratorem res salva esse non potest, vel quia non sit solvendo, vel quia peregre absit. Hoc ita in *L. in omnibus*, 5. *D. de præt. stip.* Idque fit exemplo institoris, a quo simili de caussa actio transfertur in eum qui præposuit. *L.* 1. *L.* 2. *D. de inst. act.*

XXIX. A domino alteri cavente transfertur actio in eum cui cavit non passim, sed tantum in hac specie, in qua multa concurrere videbantur ad ejus translationis æquitatem; cum quis rem suam contulit in aliquem ea lege, ut eam Titio restitueret: puta commodavit rem quam habebat, aut deposuit, aut donavit supra scripta lege. In quibus caussis placet prius actionem commodati commodanti, actionem depositi deponenti conditionem ob caussam dati donatori adquiri; sed tamen hanc directam quæsitam, lege transferri utilem in Titium, cui cavit. In quam sententiam præcipue notandi sunt hi loci duo. *L. pen. C. ad. exhib. L. quoties, C. de don. quæ sub modo.* Et hunc locum attigi antea in ea quæstione, in qua quæritur quis cui stipulari possit, et contractu suo adquirere, sub Titulo, de fine communi omnium conventionum.

C A P. XLV.

Qui ex alieno facto, aut alterius persona teneantur. Atque hic primum de obligatione ex rebus nostris.

Obligatio ex alieno facto aut a rebus ducitur, aut a personis. Triplex obligationis modus ex rebus nostris. I.
Obligatur dominus ex re pignori obligata. Et quid ab hac personæ propria obligatio differat. II.
Item ex publicis oneribus rei suæ impositis; et cujusmodi hæc obligatio. III.
Item ex damno a suo animali illato. Quæ inter fera ex hoc capite et alia animalia distinctio. IV.
Quæ concurrere debeant, ut animal pauperiem fecisse dicatur. Quid pauperies. Actio ex ea prodita quid petat. V. VI.
Datur illa cuique, cujus intersit damnum non fuisse datum, nisi hic dederit damni caussam. VII.
Datur adversus dominum animalis sive unum sive plures in solidum. VIII.
De damno a rebus nostris inanimatis dato quatenus teneamur. IX,
Quid vicino amplius tribuatur, si hic in nos agentes, ut quæ in ejus fundum cecidere patiatur tollere, excipiat. X.

I. UT sunt, qui ex alterius persona actionem habent longe dissimilibus ex caussis, quam illis superioribus quatuor, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: ita sunt qui alieno facto, aut ex alterius persona teneantur, non minus dissimilibus de caussis, nec minus dissimili effectu. Omnis quæ ex alieno facto nascitur pendetve obligatio, aut a rebus nascitur, aut a personis. A rebus si nostræ sunt, aut a nobis possidentur. In his vero tria sunt quæ nos obligant: ipsarum rerum obligatio; damnum ab his datum; et damni ab his imminentis metus.

II. Obligantur res aut pignore in his constitutio, aut oneribus publicis rei impositis. Pignore constituto, sive conventione ejus cujus in bonis res erat id factum sit, sive testamento sive imperio magistratus, sive tacite lege sola (tot enim modis potest constitui; de quo postea) res obligatur pro eo debito, pro quo pignus intercessit. Est enim pignus res pro debito obligata. §. *item Serviana, Inst. de obl.* Hic, inquam, res obligatur, non persona, ut est in *L. ult. C. si unus ex plur. her. deb.* Sed quoniam res ipsæ conveniri non possunt: necesse est propter rem conveniri earum rerum possessores. Quo fit, ut propter res obligatas et ipsi possessores obligentur. Quam ad rem constituta est in rem [1] actio Serviana, seu hypothecaria. *d.* §. *item Serviana, de act.* Sed quoniam ex re est et pendet hæc obligatio, ideo longe diversa est, ab ea, qua ex persona nostra teneamur. Qui ex persona sua obligatur, non liberatur invito creditore, nisi totum quod debetur solutum sit, aut eo nomine satisfactum creditori: de quo dicetur suo loco. *L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pignor. act.* At qui tenentur pignoris jure propter rem quam possident, ita obligantur ad id præstandum quod debetur, ut quanvis conventi pignore cedendo, seu rem pignori obligatam creditori restituendo liberentur. *L. si fundus*, §. *in vindicatione, D. de pignor.* Idque efficit in rem actio, quæ de pignore competit. Ejus enim finis est, ut res petita restituatur. *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Proinde eo judicio qui rem restituit, petitioni satisfecit.

III. Onera rerum nostrarum sunt vectigalia, tributa, publicæ denique præstationes intributionesque omnes ex censu publico prædiis nostris impositæ. His oneribus ita res [2] obligantur, ut obligentur ipsæ, et principaliter conveniantur, non persona, ut est in *L. Imperatores, D. de publican.* Sed quod in pignore, id et in his oneribus ac muneribus patrimoniorum accidit, ut cum res conveniri utiliter non possint, propter rem conveniantur possessores, atque hactenus ad ea one-

1) Verum hic non est obligatio personæ ulla, de quali hic agitur. Nec magis huc referri potest Serviana, quæ ex jure, seu dominio pignoris quod habet creditor, quam rei vindicatio aliave in rem actio, ubi itidem personam convenire necesse est.

2) *L. 3. C. de annon. Lib. 10. L. 5. pr. D. de Censib.* Atque hinc vectigal fixum, quod immobilibus rebus impositum, earum onus. Jacob. Durant. Cassel. 2. *Variar.* 8. Quocirca nec hic obligatio vera personæ quæ hujus loci, nec si esset, spectaret ad jus privatum. Ideoque nihil de eo hic aduoto.

onera præstanda obligentur. *L.* 2. *L.* 3. *C. sine cens. vel rel.* Adeoque publicis his pensitationibus obnoxii tenentur prædiorum possessores, ut non tantum eas agnoscere debeant, quæ ipsis possidentibus, sed etiam quæ ante a prioribus possessoribus contractæ sunt, ut est in *d. L. Imperatores, de publican.* usque adeo, ut quanvis venditum sit prædium hac lege, ne emptor reliqua debeat, aut ut ab oneribus sit immunis; tamen ea pactione nihil emptor idemque possessor adversus fiscum adjuvetur: idque est, quod constitutum est, sine censu vel reliquis fundum comparari non posse. *d. L.* 2. *L.* 3. *C. sine cens. vel rel. fund. ven. non pos.* Sed et hæc omnis obligatio in oneribus et muneribus patrimoniorum publicis eadem conditione nos tenet, qua pignus: ut scilicet conventi si malumus re cedere, quam tributa et censum inferre, liberemur. Id de fructuario dictum in iis oneribus quæ ei propter rem incumbunt, pertinet ad omnes possessores, qui propter rem tenentur. *L. cum fructuarius*, 64. *D. de usufr.* Denique hoc tenendum est non latius res nostras nos onerare, quam ut pro iis oneribus, quæ ab his sunt, iis rebus cedamus. *L. prætor*, §. 1. *D. de dam. inf. L. is cum quo*, 7. *D. de aq. plu. arc. act.*

IV. Damnum a rebus nostris datum itidem nos obligat, sed ut res sunt, ita varie. Res aut animatæ sunt, aut inanimatæ. Animatæ, ut quadrupedes, bipedes. A quibus hoc damnum esse potest, ut aliquid frangant, rumpant. Inanimatæ ut ædes et alia opera nostra vitiosa, quæ in alium locum decidentia varie damnum dare possunt. De animalibus, et in his de quadrupedibus hæc juris distinctio est, ut intersit, sintne animalia quæ natura sua nocere soleant, an non nocere: ut in illis quidem damnum ab iis datum totum præstetur, interdum et amplius: In his autem non semper. De priore genere cautum est edicto Ædilium. Quod cujusmodi sit ex ipsis verbis edicti intelligetur Ejus verba hæc sunt. *Ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis quominus damnum inferant, non possint, qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere, damnumve dare possit. Si adversus ea factum erit; et homo liber ex ea re* [3] *perierit, in solidos ducentos. Si nocitum libero homini esse dicetur, quanti bonum æquum judici videbitur, condemnetur. Cæterarum rerum quantum damnum datum factumve sit, dupli.* Exstat edictum in *L. hi enim*, 40 et *LL.* 2. *seqq. D. de ædil. ed.* Summa refertur in §. *ult. Inst. si quadrup. paup. fec. dic.* Animalium autem nomine quorum non est naturalis, et genitalis feritas, si qua contra naturam sui generis mota, pauperiem fecerint: actio lege duodecim tabularum prodita est adversus dominum animalis, ei qui ex ea re damnum senserit: sed actio noxalis, id est ita de pauperie et damno dato, ut si quidem is cum quo agitur animal retinere velit, damni æstimationem præstare debeat: sin malit animal noxæ debere, liberetur. Summa hæc prope totidem verbis expressa in *Inst. tit. si quadrup. paup. fec. dic.* indicata pluribus in *L.* 1. *D. eod.* Quæ quid contineat, et quam singula ita se habeant, ut posui, notatis breviter hujus actionis capitibus, et probatis ex suis locis, intelligetur.

V. Caussa hujus actionis hæc exigit, ut quadrupes sit de qua agitur; ut quadrupes non ferat: ut contra naturam mota sit: ut sic mota pauperiem fecerit. De quadrupede lex scripta est. *L.* 1. in pr. *D. eod.* Quid si bipedes, gallinæ, anseres in alienum involantes pauperiem fecerint. Agnoscunt veteres verba legis deficere, eoque hic directam actionem cessare. Sed utilem actionem admittunt etiam hoc nomine ex sententia legis. *L. pen. D. eod.* De quadrupedibus non feris lex cavit: ad feras bestias, id est eas, in quibus naturalis et genitalis feritas est, non pertinet. *L.* 1. §. *in bestiis*, *D. eod. Inst. eod.* in pr. Sed et in pauperie hoc lex exigit ad istam actionem, ut duadrupedes contra naturam sui generis mota pauperiem fecerit. *L.* 1. §. *et generaliter*, *D. eod. Inst. eod.* illic, *hæc autem actio.* Id Justinianus sic interpretatur *Inst. eod.* statim in principio, *si qua lascivia, aut pavore, aut feritate non propria ejus generis nocuerit.* Extra quas caussas id damnum est, quod quadrupes aut propter loci iniquitatem lapsa, aut onere pressa, aut ab alio irritata dederit. Quibus de caussis hæc actio locum non habet: id quid sit, exemplis explicatur in *L.* 1. §. 1. §. *et genera-*

3) Vid. remissive Casp. Caballin. *de Ædil. act. C.* 4. Menoch. *Arb. C.* 568. ubi, itemque *Cas.* 366. joculatores et circumforaneos feras secum ducentes, si ab illis homo interemptus fuerit, extra ordinem coercendos statuit judicis arbitrio, per *L. ult. de extr. crim.* contra Rom. et Covar. in *Clem.* 1. *de homicid. P.* 2. *Relect.* §. 4. *n.* 11. qui 200. solidorum pœnam statuunt. Sed recte Covarruvias per apertum *tex. d. L.* 42. *de æd. ed.* Nec obstat *d. L. ult.* quæ generatim loquitur de damno dato. Excipitur *ex d. L.* 42. species illa damni plane necato homine.

raliter, §. *cum arietes*, *D. eod.* Denique pauperiem lex [4] exigit. Est autem pauperies damnum sine injuria facientis: quod verbum ideo, ut animalium damno optime conveniens lex elegit. Non enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. *d. L.* 1. §. 1. *D. eod. Inst. eod.* in fin. pr. Utrum autem res cujusquam ab animali læsæ sint, an persona ipsa vulnerata, ut ad pauperiem, sic ad hanc actionem nihil interest. Idque est quod dicitur in *L.* 3. *D. eod.* ex hac lege non dubitari, etiam liberarum personarum nomine agi posse: si forte patremfamilias aut filiumfamilias vulneraverit quadrupes: ut in eo non corporis æstimatio fiat, quam liberi hominis corpus non recipit: sed æstimatio impensarum in curationem facturum, et operarum amissarum quasque amissurus quis sit inutilis factus.

VI. Ex hac caussa est actio prodita, ut damni æstimatio præstetur; sed hac conditione, ut si malit dominus animal quod noxam commisit, noxæ dedere, liberetur. Unde et actio dicta noxalis. *L.* 1. in pr. *D. eod. Inst. eod.* in pr. Interdum tamen actio est in solidum: quod fit, si aut in jure interrogatus dominus an sua quadrupes esset, responderet non esse suam: aut post litem contestatam animali ab alio occiso, dominus actionem legis Aquiliæ non cedat ei qui de pauperie experitur. *L.* 1. §. *pen.*

VII. Prodita hæc actio omnibus qui pauperiem in rebus externis animalis facto senserunt. Proinde omnibus quorum interest damnum datum non esse: sive hi domini sint rei corruptæ, sive rem commodato, aut locationis caussa acceperint. *L.* 2. *D. eod.* Sic tamen placuit ex hac caussa actionem esse damnum passo, nisi ipse hujus damni caussam præbuerit. Qui præbuit, sive per lasciviam id fecerit, sive culpa et incogitantia, denegatur ei actio ut ei factum suum potius quam domino noceat. Cujusmodi est, si quis aliquem evitans, magistratum forte, in tabernam proximam se immiserit, ibique a cane feroce alligato [5] læsus sit. Nam si a soluto, contra. Hoc in *d. L.* 2. in fin. *D. eod.*

VIII. Datur autem hæc actio adversus dominum animalis, non tantum eum qui tunc fuit, cum quadrupes nocuit, adversus quem actio certa est, sive nunc adhuc dominus est, sive dolo desiit possidere: sed et eum, cujus nunc res est post pauperiem factam alienata. Est enim actio noxalis: quo in genere noxa caput sequitur. Si plurium commune animal erit, adversus singulos erit in solidum noxalis actio sicut in servo qui noxam nocuit. Omnia hæc ea lege, nisi ante litem contestatam animal decesserit. Quo casu, [6] exstinguitur actio. Hæc in *L.* 1. §. *et cum*, *D. eod.*

IX. A rebus inanimatis, ut ædibus et aliis operibus nostris, si quod damnum earum rerum casu datum erit, hic propemodum tenemur eodem modo, quo de damno quod ab animalibus nostris datum est: nonnihil dissimiliter tamen. Nam si ædes nostræ ceciderint in alienum; si quidem nolimus ea quæ ceciderint tollere, placet ultro vicino adversus nos actionem esse, qua non tantum ea tollere, sed etiam quidquid eo casu damni datum factumve erit, præstare, aut si malumus, saltem totis ædibus cedere cogamur. Quæ plane ea noxalis actio est, quæ de damno ab animalibus nostris dato competit.

X. Quod si ipsi ultro agemus, ut liceat tollere quæ ceciderunt: hic vero possidenti vicino paulo plus tribuitur ad exceptionem. Placet enim non aliter nobis id permitti debere, quam si parati simus etiam quæ inutilia sunt auferre: item de damno non solum futuro, sed et præterito cavere. Utilis sententia et in primis notanda, quæ explicatur pluribus in *L. prætor*, 7. §. 1. §. *ult. L. quod forte*, 8. *seq. L. hoc amplius*, 9. in pr. *D. de dam. inf.*

CAP.

4) Sic vocatur quod noxam nocendo animal dominum pretio suo pauperet. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 3.

5) Vinctos enim ad fores canes habebant, qui ostiarii dicti, parieti superinscripta formula, CAVE CAVE CANEM, vid. Christoph. Coler. *Parerg. Cap.* 16. Eryc. Putean. *Lib. genial. Serm. pag.* 15.

6) Affinis huic actioni, non eadem tamen, actio de pactu pecoris ex L. 12. Tabb. cujus mentio *L.* 14. §. *ultim. de præscr. verb.* quæ tunc datur, cum pecus sine omni domini vel custodis culpa agrum aut pratum aliquod ingressum depaverit. Nam si culpa id evenerit, aut si dolo pecus tuum in alienum immiseris, utilis actio ex sententia *L. Aq. L. ultim. C. de L. Aquil.* quam non de alia actione ex pastu, nec de actione si quadr. paup. (quia depasci ac pascendo vesci contra naturam non est pecoris) accipi posse aut debere scite ostendit, receptamque ejus lectionem adstruit Gœd. *ad* 31. *de V. S. n.* 7. *et* 8. Vid. et de actione de pastu Balduin. *ad L.* 12. *Tabb.* 14. Oldend. *Cl.* 6. *Act.* 19.

CAP. XLVI.

Quibus remediis consequamur, ut damna a rebus alienis, alienove opere accidere solita aut avertantur, aut illata sarciantur; Et de operis novi nuntiatione.

Tertia præstatio ex rebus nostris, cautio imminentis damni. I.

Duplex damni amovendi ratio: quæ utrique constituta remedia; et quare tribus continentibus titulis exposita in Pandectis. II.

Nuntiatio novi operis quid. Qui illius usus ac finis. Inutilis illa aliquando. Talis ab initio, aut postea. III.

Inutilis ab initio nuntiatio novi operis, non extantis; nondum instituti; et ejus, cujus in mora periculum. Hoc ultimum cujusmodi, et quotuplex. IV. V. VI.

Item talis nuntiatio operis, in quo neglecta nuntiandi forma. Ad hanc necessaria. VII.

1. *Persona, quæ habeat justam nuntiandi caussam. Quot ejusmodi caussæ.* VIII.

Quomodo facilis eorum qui nuntiandi jus habent ex triplici capite ineatur ratio. Quæ id genus personæ. IX.

Qui non affert justam nuntiandi caussam, nuntiat inutiliter: secus qui adducit aliquam, tametsi falsam; aut justam alieno etiam nomine allegat. X. XI.

Nuntiari opus potest et iis ad quos nihil attinet; modo nuntiatum intelligant. Quæ de his personis veterum definitio. XII.

2. *Locus ad nuntiandi formam necessarius. Talis qui sit.* XIII.

3. *Tempus. Etiam feriatum sufficit; et quare.* XIV.

4. *Nuntiandi modus. Triplex hic, et qualis. Nuntiatio nuda dissimilis et quatenus.* XV.

Inutilis ab eventu nuntiatio vel ex remissione, vel ex mutatione dominii: remissio triplex. XVI.

1. *Ducitur ex conventione litigantium.* XVII.

2. *Ex remissione prætoria. Hæc aut cum caussa, aut sine caussa. Quæ utraque, et quid una distet ab altera.* XVIII.

Impetrata remissio adversus procuratorem nuntiantis, in personam domini confertur. XIX.

Impretatur a quovis cum satisdatione se opus restituturum, nisi jure fuerit ædificatum. XX.

3. *Fit remissio satisdatione de opere, aut damno. Hæc quid sit; et quatenus expeditior et plenior.* XXI.

Item repromissione. Quid hæc a satisdatione differat; et a quo una præstetur, aut altera. XXII.

Satisdatio, sive cautio de nuntiato opere restituendo quid contineat. XXIII.

Singulæ illius partes explicatæ. L. stipulatio 21. et L. 13. §. si dominus D. de op. nov. nunt. *illustrantur.* XXIV. XXV.

Mutatione dominii nuntiatio fit inutilis, et quomodo XXVI.

Cessante atque irrita novi operis nuntiatione, manent legitimæ actiones aliæ, et quæ illæ. XXVII.

Nuntiationis jure factæ quæ vis et effectus. Partitio interdicti de novo opere restituendo. XXVIII.

Nuntianti, eique soli competit interdictum: et quando uni, vel pluribus. XXIX.

Adversus eum solum qui fecit, mandavit, aut ratum habuit novum opus: et quæ hinc consectaria. XXX.

Novi operis facti post nuntiationem facienda restitutio: Operis inchoati quæ a nuntiante sumenda cognitio. XXXI.

I. Interim ex hac sententia semper huc res redit, ut si parati simus post casum ædium, aut operis alicujus nostri ædibus et reliquo opere cedere, non necesse habeamus damnum sarcire vicino, sed rei nostræ velut noxæ deditione liberemur. Sed hoc ita est, nisi aliqua cautione adversus futurum damnum occurratur. Sunt vero et hujusmodi cautiones iis qui inde damnum timent jure civili proditæ: quæ illa tertia præstatio est, cui res nostræ nos subjiciant.

II. Occurrendi iis damnis, quæ ex alienis re-

rebus contingere possunt, natura duplex ratio est. Una, ut opus [1] futurum quod nondum factum est, instituitur tamen, inhibeatur, ne fiat: quod enim factum non erit, perspicuum est id aliis damnum dare non posse. Altera, ut sive jam opus factum erit, sive quod instituitur prohibere non possumus ne fiat, hic de futuro damno nobis tempestive a vicino caveamus, si licet. Et in utramque partem remedia constituta sunt jure civili. Ad futurum opus, unde damnum metuimus, inhibendum ne fiat, remedium paratum est, operis novi nuntiatio. Opere autem jam facto, ad cautionem de futuro damno, si quod incidet, duo sunt constituta remedia. Unum commune ad ædes, omniaque opera quæ usquam fiunt, et damnum aliquod minantur, pertinens, damni infecti stipulatio. Alterum speciale pertinens ad ea opera, quibus in agro aqua pluvia vicino nocere potest. Ea est actio aquæ pluviæ arcendæ. Quæ cum remedia unum prope finem sibi propositum habeant, utpote comparata damni, quod ex alienis rebus metuimus arcendi caussa, aut ejus quod datum erit, sarciendi: recte atque ordine factum est in Pandectis, ut tria ista remedia continentibus titulis conjungerentur eodem ordine, quo a me ista sunt proposita. Quorum primus est de operis novi nuntiatione: secundus de damno infecto: tertius De aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione. Etsi fatendum est eos titulos alioqui alieno loco collocatos esse. Quibus quis sit locus ex eorum remediorum usu et fine hic videmus.

III. Operis novi nuntiatio, ut dixi remedium comparatum est jure ad opera quæ alicubi fiunt, non præterita sed futura inhibenda, ne fiant, si forte ex his injuriam aut damnum aliquod metuimus. *L.* 1. §. 1. *D. de op. no. nunt.* Est autem [2] opus novum nuntiare, oratio concisa, usitata passim nostris, qua significatur id, quod pluribus verbis exprimitur in interdictis de hoc genere a prætore propositis, nuntiare vicino quid instituenti, ne quid deinceps novi operis faciat. *L. prætor*, 20. in princ. et §. *deinde*, *D. eod.* Id est denuntiare novum id esse opus quod instituit: prohibere nos ne pergat, aut ne quid omnino instituat. Usus an finis remedii hic, ut aut inhibendi operis metu a vicino extorqueamus cautionem de damno futuro, aut inhibito opere, in totum id damnum arceatur, si modo et ea nuntiatione opus novum jure prohiberi potest. Et edicto prætoris ita cautum est, ne post operis novi nuntiationem quidquam operis [3] fiat; si quid factum sit, ut restituatur, sive jure, sive injuria opus factum fuerit. *L. prætor*, 20. in pr. *L.* 1. in pr. Sed habet hæc vis nuntiationis hanc conditionem, si modo utilis sit, et teneat nuntiatio. Quod cum ex edicto ipso non statim nuntiationi cuivis præstetur: ante quæ sit utilis, et quid hic edictum exigat, constituendum est. Et quominus nuntiatio teneat eum, cui opus novum nuntiatum est, et opus inhibeat, duarum rerum efficitur ex altera. Aut enim ab initio ipsa inutilis nuntiatio est, puta non ita istituta ut jure oportuit, aut ab initio recte constituta postea finitur.

IV. Inutilem ab initio nuntiationem novi operis faciunt aut genus operis, cui occurritur, aut forma omissa, quæ jure præstituta est nuntiationi. Opus non omne novi operis nuntiationem recipit. Jam primum exigitur, ut instituatur opus. Id non quodvis accipitur, sed opus quod fiat in solo, et quidem ita in solo, ut sit exstructi demoliendi, aut depositi iterum ædificandi copia. Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet; quanvis opus faciat, tamen ad hoc edictum non pertinere. Hoc in *L.* 1. §. *hoc autem*, *D. eod.* Interpretatio a jurisconsultis sumpta ex his verbis edicti, quibus prætor operis novi nuntiationem opus factum restitui omnimodo jubet, ut dicetur postea suo loco. *d. L. prætor*, in pr. *D. eod.* Non restituitur opus, nisi quod factum exstat. Non exstat nisi quod fit in solo. Ut autem omnimodo restitui possit quod factum est, ædificium esse oportet, quod aut exstructum sit, aut depositum. Ubi exstructum deponi potest: depositum iterum ædificari. Quod non item fit in messe, aut arboribus. Messem enim semel desectam non restituas: sic nec excisas arbores. Unde non mirum, si opus fa-

1) (1) Nam et si quis tantum destinaverit ædificare, fabros conduxerit, lapides collegerit, nec quidquam adhuc fecit, nunciato tenetur. Duar. *h. t. C.* 3. *cir. fin. et ad L.* 1. §. *potest* 8. *h. t.* 1. per *L.* 5. §. 2. *h. t.* verbis sive quis ædificet sive inchoet ædificare (2) per *L.* 8. §. 1. si quid operis factum erit. Potest igitur nunciari, antequam quid operis fiat (3) per *L.* 20. §. 2. sive autem vacuus locus sit sive ædificatus, etc. Non obstat *L.* 21. §. 3. *hoc tit.* Nam loquitur de forma prætoriæ stipulationis et satisdationis præstandæ ab eo cui nunciatum. Adversus præterita vero opera non competit *L.* 1. §. 1. *h. t.* quia hoc edictum est prohibitorium. Prohiberi autem nequeunt jam facta. Henning. Goden. *Cons.* 104. *n.* 1.

2) Vocatur *ακινοτομία* *Nov.* 63. Vid. de hac materia Duar. *in Meth. Tract. ad h. t. et Expl.* 19. *LL. prior. et* 1. *Disp.* 16. Rob. 3. *Sent.* 16. P. Greg. 4. *Synt.* 27. *et* 4. *Seqq.* Gomez. *in. L. Tauri* 46. *n.* 29. *et seqq.* Fach. 8. *Contr.* 44. *et seqq.* Moller. 1. *Semestr.* 44.

3) Unde dicitur similis appellationi *L.* 1. *Nihil innovari app. pend.* quia quiescere debet is cui nunciatum est; Duar. *h. t. Cap.* 1. *et ad L.* 1. *pr. h. t.* Recte autem *in d. L.* 1. *pr. h. t.* Florentini libri habent *promittitur* et melius quam Haloandrini *permittitur* (licet eam lectionem probet Carol. Lablæ *in Obs. in Synopsin Basil. Lib.* 58. *tit. de Nunciatione Cap.* 1.) quia edicta ita concipiuntur ut promittatur: judicium dabo, actionem dabo. Post edicta autem concipiuntur formulæ actionum vel interdictorum singulis edictis accommodatæ. Duar. *ad. d. L.* 1. *pr.*

factum aliter interpretati sunt iidem veteres in interdicto [4] quod vi aut clam; in quo placuit inter ea opera quæ in solo fiunt, haberi hoc et eo interdicto teneri, si quis arbores vi aut clam succidat, item qui harundinem, aut salictum. *L. si alius*, 7. §. *notavimus*, *D. quod vi aut clam.* Quippe in eo interdicto restitutio operis vi aut clam facti, non est præcisa: sed non restituente eo cum quo agitur, condemnatio est in id quod actoris interest. *L. semper*, §. *hoc interdicto*, *D. quod vi aut clam.* Ex hoc edicto restitutio operis adversus nuntiationem facti præcisa est; ubi factum omnimodo restituendum est, si hoc petitori placuerit. *L. stipulatio*, §. *pen.* §. *ult. D. de op. no. nunt.*

V. Exigit secundo loco nuntiatio opus novum, quod instituatur. Est autem opus novum ubi quis ædificando, aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat. *L.* 1. §. *opus*, *D. eod.* Inde si quis ædificium vetus fulciat, placet huic nuntiationem non nocere, quia non faciat opus novum, sed [5] veteri sustinendo remedium adhibeat. *d. L.* 1. §. *si quis ædificium*, *eod.*

VI. Sed etsi novum opus fiat in aliquo loco, tamen in eo genere ipso quædam opera prætor excepit, in quibus liceat operis novi nuntiationem contemnere: rivorum, item cloacarum refectiones purgationesve, tum generaliter omnia opera, quorum mora periculum [6] allatura est. Illas, quod ad necessarium aquæ usum publicæ intersit rivos purgatos habere, ad aeris salubritatem et salutem publicam habere mundatas cloacas. Hæc, quia sunt opera necessaria, quæ differri sine periculo non possunt. Hæc in *L. de pupillo*, 5. §. *si quis rivos*, §. *præterea*, *seq. D. eod.* Sunt autem hujusmodi opera, si quis puta in manifesto periculo ruinæ ædes demoliatur, ut restituat, si adversus vim imminentem maris aut fluminis aggerem exstruat, aut muniat. Ex hac parte mihi ductum videtur, quod placuit in servitutibus rusticis, eum qui viam in alieno habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via ædificat, nihil agere. *L. qui viam*, 14. *D. eod.* Nempe ideo, inquam, quod non admisit prætor nuntiationem inhibitionemque novi operis in iis operibus, quorum mora periculum allatura est. Hujusmodi autem opera sunt ut plurimum, quæ instituuntur in fundis et agris culturæ caussa. Hæc enim omnis sua tempora et suas tempestates statas habet: quas omittere sine periculo non licet. Et quanvis forte non sit necesse ædificare in via propter ipsam: at propter reliqui fundi utilitatem sæpe ibi ædificare necesse aut commodum est. Neque hic nuntianti fit injuria. Nam si vere ei via debetur, habet actionem in rem de servitute, qua servitutem vindicando hoc ipsum consequetur ut quod quis ibi ædificaverit, restituatur. *d. L. qui viam.* Postremo si quæ sint loca ita constituta, ut ex ipsorum conditione appareat in his aliquem jure publico ædificare posse, et ædificet: ejusmodi opus est, quod nemo possit nuntiatione sua inhibere. Tale est, si quis in mari aut litore ædificet, de quo ita Ulpianus, eum qui ita ædificet, jure gentium suum facere. Ideo si quis velit ibi ædificantem prohibere, nullo jure id facere: neque opus novum nuntiare, nisi ex una caussa posse, si forte damni infecti velit sibi caveri. Hoc ille in *L.* 1. §. *nuntiamus*, in fin. *D. eod.* Hoc ideo, quod ut mox dicetur, nulli conceditur opus novum nuntiare, nisi jus nuntiandi habeat, aut de eo dubitetur. Cæterum quæcunque alia opera sunt, et quæcunque loca, in quibus instituuntur, genus operis admittit nuntiationem, sive intra oppida, sive extra oppida in villis vel agris opus novum fiat, et sive in privato, sive in publico fiat, ut est in *L.* 1. §. *sive autem*, *D. eod.*

VII. Forma quoque nuntiationi certa constituta est jure: ut proinde quidquid hinc omissum erit, inutilem faciat nuntiationem. Complectitur autem hæc forma has circumstantias: personis, inter quas transigitur nuntiatio; locum nuntiandi; nuntiandi tempus; et nuntiationis modum. In personis sunt, qui nuntiat, et is cui nuntiatur.

4) Sed Duar. *ad d. Leg.* 1. §. 12. discrimen hoc non admittit, quia, inquit, Ulpianus in *L.* 7. §. 5. movetur inde, quod interdictum pertineat ad ea quæ in solo fiunt. Quæ ratio et huic nostro convenit. Idem sic distinguit, Aut arbor cæditur fructus caussa, si cædua, quæ in fructu *L.* 7. §. 12. *Sol. matr.* et non tenetur cædens interdicto *d. L.* 1. §. 12. *h. t. d. L.* 7. §. 5. ibi: *qui fructum tangit.* Aut alterius utilitatis ratione, ac ita ut solum ipsum corrumpatur (de qua succisione loquitur *d.* §. cum interdictum tribuit) et competit non illud tantum, Quod vi aut clam: sed et hoc restitutorium interdictum. Arbor itaque in *d.* §. 12. intelligenda cædua per verba præcedentia, et sequentis de messe et vinea, quæ fiunt fructuum quærendorum caussa. Ita Duarenus. Sed rectius noster.

5) Sic recte legitur *d.* §. 13. per verba sequentia *veteri sustinendo* scilicet per tibicines et fulcra, ubi nihil mutatur facies rei, Duar. *ibid.* Quidam libri habent *reficiat.* Unde Alciatus refectionem et instaurationem veteris ædificii huc non pertinere (1) per. *d.* §. 13. (2) quia non mutatur vetus facies. Reficere enim est ad pristinam formam reducere *L.* 3. §. *pen. de it. act. priv.* Contra Duar. *h. t. Cap.* 2. *et ad d.* §. 13. si refectio talis, ut novam rei speciem adferat, quia speciale est in refectione rivorum, ut negatur nunciatio *L.* 5. §. 11. *h. tit.* Exceptio vero regulam arguit contrariam. Ad rationem Alciati Resp. Reficiens non mutat, inspecto scilicet tempore quod nunciationem præcessit, mutat autem, inspecto tempore quo nunciatum est. Novum autem opus, quod formam rei mutat, quæ tunc fuit cum mutatio fieret. Sic cum dicitur, Nihil innovandum, pendente appellatione: hoc referendum ad tempus interpositæ appellationis, non ad anterius.

6) Duar. *ibid.* Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 37. Et nulla tunc remissione vel satisdatione opus, Rob. 2. *Rec. Lect.* 12.

VIII. Opus novum nuntiare solus potest, qui jus nuntiandi, inhibendique operis habet. Is jus habet, qui nuntiat his de caussis, aut juris sui conservandi caussa, aut damni depellendi, aut publici juris tuendi gratia. *L.* 1. §. *nuntiatio fit, D. eod.* Juris sui conservandi caussa facit, qui in suum immitti quid non patitur, aut in eum locum in quo servitutem urbanam constitutam habet. *L. de pupillo*, §. *sed etsi in ædes*, *D. eod.* Damni depellendi is, qui periculose ædificanti opus novum nuntiat, ut periculum ruinæ a se avertat. *L.* 1. §. *nuntiamus*, *D. eod.* Publici juris tuendi gratia is, qui loco sacro, religioso, publico ædificanti nuntiat novum opus; aut ædificanti quidem in privato, sed contra leges edictave principum, quæ ad modum ædificiorum facta sunt. *L.* 1. §. *nuntiamus*, *D. eod.* Id aliis verbis expressit Pedius, de caussis operis novi nuntiationis definiens, cujus definitionem et divisionem in hoc genere refert Ulpianus in *d. L. de pupillo*, §. *et belle*, *D. eod.* Neque enim alio referri debet, quod ille definit triplicem esse caussam operis novi nuntiationis. Ita est videlicet: nemo nuntiare potest utiliter, nisi qui jus nuntiandi habet. Is autem habet, qui habet justam aliquam caussam nuntiandi. Hinc quæstio, quænam eæ caussæ. Definit ergo Pedius hanc caussam esse triplicem, naturalem, publicam, impositiciam. Naturalem, cum quid fit in nostro novi operis. Publicam, cum fit in publico, aut in privato contra leges. Impositiciam, cum quid fit in eo loco, cui imposita est servitus. Cujus definitionis et divisionis non alia vis est, quam ut intelligatur, si quis ejusmodi aliquam caussam habeat, hunc esse, qui possit opus novum nuntiare.

IX. Quod si ex his nondum satis intelligimus, qui nuntiare possint, de eo sic facile statuemus, si animadverterimus quidquid fit novi operis, id aut in privato nostro fieri, aut in alieno, aut in publico, eove quod sit divini juris. Si in nostro, omnes nuntiandi novi operis jus habent, ad quos ea res pertinet. Sic enim nuntiant juris sui conservandi caussa, idque maxime naturaliter. *L.* 1. §. *pen. D. eod.* In quo numero sunt, aut domini, aut qui pro dominis suo nomine habentur, ut olim qui in provincia prædia possidebant, alioqui stipendiaria aut tributaria, quæ postea bono jure cœperunt esse provincialium non minus, quam Italica ex constitutionibus. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Item superficiarius, et [7] emphyteuticarius. Ac de his in *L. in provinciali*, 3. in pr. et §. *pen. D. eod.* Exceptum, si quid fiat in loco communi ab uno ex sociis. De quo placet socium socio opus novum nuntiare non posse; sive ideo nuntiet, quia rei communi noceatur; sive ideo, quia propriam insulam habeat, cui nocetur. Et hoc quia socius socium in re communi quid molientem alia ratione prohibere potest, puta aut per prætorem, aut judicio communi dividundo. Hoc in *d. L. in provinciali*, 3. §. 1. et 2. *eod.* Dominorum loco sunt quanvis alieno nomine tutor et curator. Ideo et hi opus novum recte nuntiant. *L. et si*, 7. in fin. *D. eod.* Si quis in privato ædificat, quod non est nuntiantis, nuntiandi novi operis jus habeant duo. Primum vicinus quisquis ex eo opere damnum metuens sibi caveri postulat eo nomine damni infecti: quod quidem facit damni depellendi caussa. *L.* 1. §. *nuntiamus*, *D. eod.* Tum is cui servitus debetur, si quid hic operis novi fiat adversus impositam servitutem. Quam caussam ante diximus vocari a Pedio impositiciam. *d. L. de pupillo*, §. *et belle*, *D. eod.* Quo tamen loco monendi sumus accipiendum id esse de servitutibus urbanis, quæ nobis debeantur a vicino. Nam ante servitutem rusticam excepimus: cujus nomine negavimus opus novum [8] nuntiari posse, si quid ad-

7) Vid. Valasc. *Jur. Empyt. Q.* 33. *n.* 10. Et bonæ fidei possessor arg. *L.* 7. §. 6. *L.* 13. *pr. de Publ. in rem.* P. Greg. 4. *Synt.* 28. *n.* 1. Gomez. *L.* in *Tauri* 46. *n.* 23. admittens etiam nudum possessorem sine titulo arg. *L.* 11. *de vi arm. L.* 1. *Quod vi*, non autem inquilini et coloni *L.* 3. §. 3. nisi ad longum tempus conduxerint. Et nisi dominus absens arg. *L. C. Si per vim vel alio modo*, Gomez. *d. lo. n.* 27.

8) Variæ hic sunt sententiæ: Cum nostro inter urbanas et rusticas distinguit Duar. 2. *Disput.* 17. et *hoc tit. Cap.* 3. *et ad d. L.* 14. (ubi scribit se 12. diversas opiniones hac de re reperisse in aliorum libris) Pac. 3. *Q.* 57. Jo. Tavard. *de Interd. h. t. n.* 10. et plerique interpretes teste Ant. Fab. 19. *Conject.* 5. Ratio diversitatis redditur a Duareno quia ædificans in via ex. gr. minus iter impedit, quam incommodi adfert opus contra servitutem urbanam: Unde multa exempla urbanarum servitutum, quod in iis nunciatio teneat, reperiri, ait *L.* 15. *de serv. urb.* nulla rusticarum. Sed hanc distinctionem reprobat Coras. 5. *Misc.* 25. quia LL. reliquæ, quæ nunciationem tribunt servitutem habenti, indistincte loquuntur *d. L.* 5. §. 9. *L.* 9. *h. t. L.* 47. *Fam. erc.* et Hotoman. 2. *Amic.* 17. quia, ait, via servitutis non tantum rustica, sed et urbana, si per alterius aream cessa. Et stillicidii servitus urbana, in qua jus nunciandi non est: et Bron. 1. *Ass.* 94. A. Fab. 19. *Con.* 5. *Ad d. L.* 14. Resp. Coras. ibi nihil agi, et quia non incommodetur usus servitutis ædificando, sed melior reddatur si forte ex terrena lapidea fiat (sed mera hæc divinatio est, L. indefinitam ad hujusmodi casum indubitabilem restringere) et quia non mutetur pristina facies (quod verum non videtur) Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 24. posse etiam in rustica servitute nunciari, quando ea imposita certo loco fundi servientis, si in illo loco ædificetur: Non posse, si simpliciter, quia si non certus locus determinatus, ad usum servitutis, licet in una parte fundi ædificetur, per aliam tamen ire potest, et ita intelligit *d. L.* 14. Cujac. 1. *Obs.* 17. ita: *Non aliis servitutem habentibus nunciatio competit quam quibus eo jure licet intendere jus domino non esse in suo ædificandi.* Ut in servitute altius non tollendi ne prospectui aut luminibus officiatur et oneris ferendi. Contra in servitute viæ itineris, aquæductus, item stillicidii recipiendi, quia nec illic actio datur, non esse jus ædificandi *L.* 9. *Si ser. vind.* Cum quo fere convenit Rev. 2. *Var.* 2. Hotom. *d. lo.* sic, servitutum aliæ in non faciendo in quibus nunciationi locus, exemplum *L.* 15. *de*

adversus eam operis novi fiat. *d. L. qui viam, eod.* Finge vicinum debere ædibus meis servitutem, ne ædes suas altius tollat, ne luminibus meis officiat, aut ne prospectui. Si quid contra ædificet, nuntiandi jus est. Et ad hoc exemplum nuntiationem pupilli retulit Ulpianus in *d. L. de pupillo*, in princip. *D. eod.* nisi quis mavult ad ea quæ fiunt in locis publicis eum locum referre. Ac secundum hanc distinctionem interpretari conveniet eos locos, in quibus generaliter scriptum legimus, eum qui servitutem habet, jus habere opus novum nuntiandi, ut *d. L. de pupillo*, §. *et belle*, *eod. L.* 1. §. 1. *D. de remiss.* Nec tamen servitutis nomine nuntiandi jus est ei cui servitus debetur: sed etiam creditori, cui pignoris jure prædium tenetur. Nam et ei datur servitutis vindicatio utilis. *L. creditori*, *D. de op. no. nunt.* Si in publico aliquid fiat: placet 9 omnes cives opus novum nuntiare posse. *L.* 3. §. *ult. D. eod.* tuendi scilicet juris publici gratia: *L.* 1. §. *nuntiatio fit*, *D. eod.* quam caussam nuntiationis vocat Pedius publicam. *d. L. de pupillo*, §. *et belle.* Sed cives, inquam, id possunt: ad servos id jus non pertinet, ut nec ulla alia juris civilis communio, *d. L. de pupillo*, §. 1. Sed et in civibus placuit in universum pupillo operis novi nuntiationis exsecutionem non esse dandam, nisi ad ipsius privatum commodum res pertineat. *d. L. de pupillo*, in pr.

X. Cum hos solus nuntiare novum opus dicimus, qui in supra scripta aliqua caussa sunt; apparet hoc dici, si qui alii opus novum nuntient, quando hi nullam nuntiandi caussam, nullum jus habeant, nuntiationem esse inutilem, utpote vitiose factam. *arg. in L. quoties*, *D. qui satisd. cog.* Quod tamen sic accipiendum erit, si is qui opus novum nuntiat interrogatus, quamobrem nuntiet, nullam ejusmodi nuntiandi caussam adferat. Quod si aliquam dicet, puta quod dicat in suo ædificari, aut in eo in quo sibi servitus debetur, aut in loco publico, etiam si falsum dicat, tenebit nuntiatio, etsi post eam nuntiationem opus factum erit, restituetur. Et ita intelligi oportet, quod aliquoties dicitur, post operis novi nuntiationem, quod factum est omnimodo juberi restitui, sive jure factum sit, sive injuria, ut *L.* 1. in pr. *L. prætor*, in pr. et §. *ait. D. eod.* Ita sane, etsi quis nullo jure opus novum nuntiaverit, atque ita jure ædificaverit is, cui nuntiatum est, tamen factum adversus nuntiationem omnimodo restituendum est: verum hactenus, dum de eo dubitetur, an justam aliquam caussam ex superioribus 10 habeat, et aliquam alleget. Nam qui nullam caussam adfert, hunc negamus opus novum nuntiare jure posse.

XI. Sed etsi is qui opus novum nuntiat, fateatur nullam se caussam nuntiandi ex superioribus habere: utiliter tamen nuntiat, si nuntiet alterius nomine, qui ipse ex sua persona nuntiandi jus habuit. Et nostro et alieno nomine nuntiationem fieri posse constitit. *L.* 1. §. *nuntiatio*, 1. *D. eod.* Sic tamen, dum qui alieno nomine id facit, meminerit se in eo procuratorem actoris esse, proinde et ex edicto satisdare debere dominum rem ratum habiturum. *L. servum*, 33. §. *ait*, *D. de proc.* Quod et receptum est: ut si ejusmodi satisdationem non offerat, nulla sit ejus nuntiatio. *L. de pupillo*, §. *qui procuratorio. L. cum procurator* in pr. §. *ult. D. de op. no. nunt.*

XII. Quibus opus novum nuntiatur, in his non similiter exigimus, ut sint ii, ad quos opus pertineat. Nuntiatio novi operis sic accepta est a veteribus, ut existimetur 11 in rem fieri, non in personam, ut est in *L. operis*, 10. *D. eod.* vel ut alibi, ut operi fiat, non personæ. *L. ult. D. eod.* sic enim ibi

serv. urb. aliæ in patiendo, in quibus non item. Ratio. Promissio non faciendi continet promissionem patiendi; non contra. Excipitur servitus oneris ferendi *L.* 6. *in fi. Si Serv. vind.* quia singularis illius et quasi abnormis natura, Char. 1. *Veris.* 2. tum nunciari posse in servitute quacunque, cum probatum est opus nuncianti nocere, quod fiet cum de servitute constituta docebitur. Non igitur, ait, poterit ante vindicationem servitutis, et hoc dicit *d. L.* 14. postea poterit *L.* 9. *pr. si ser. vind.* et ita quoque Bron. 1. *Ass.* 94. At hic omnino resistit, quod nunciatio tenet sive jure sive injuria fiat, modo, an caussa aliqua nunciandi sit, dubitetur, etc. Vaud. 1. Q. 53. in urbanis libere nunciari novum opus: In rusticis contra, non quod plane non admittatur, sed quod debeat prius servitutem vindicare *d. L.* 9. *pr.* Ratio differentiæ: Si ædibus imposita lex ex. gr. ne altius tollatur domino servientis domus aliquid contra moliente, uti licet constitutæ legis beneficio. Contra in rusticis. Si enim ex. gr. via constituta sit, ac aliquid fiat, quo viæ caussa deterior fiat: non ipsa lege servitutis cautum ne id fiat, nec in impositiciam nunciationis caussam committit ædificans. Quia autem per id via invia redditur, non ædificium surgens, sed via ipsa dat caussam huic edicto. Inde igitur remedium, unde damnum oritur ut viam vindicem, quasi me non patiatur uti, qui ædificat. Assentior A. Fabro 19. *Con.* 5. ita distinguenti: Aut nunciatio fit alii ædificanti, quam domino, et indistincte tenet; aut domino ipsi, distinguitur an opus fiat directo contra formam constitutæ servitutis, ut in servitute altius non tollendi, an per indirectum ut in via, etc. Quod et cum relata Vaudi opinione convenit.

9) Non item alienigenæ viatores, imo nec incolæ non cives. Duar. *in d. L.* 3. §. *ult.* Non obstat *L.* 1. §. *ult. de via publ.* datur omnibus et in omnes. Nam resp. omnibus scilicet quibus populares actiones competunt. Objic. At omnium interest etiam extraneorum, quibus licet via publica ire *L.* 11. *C. de serv.* Resp. Duar. non sequitur, Licet ire in via publica: Ergo et caussam publicam de via defendere. Diss. P. Greg. 4. *Synt.* 27. *n.* 9. etiam viatoribus concedens, et Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 30. qui tamen ita admittit si opus in via publica fiat, non si in alio loco publico.

10) Non autem si aperte injusta. Facit *L.* 1. §. 18. *hoc tit.* Quæ communis opinio Gail. 1. *Obs.* 16. *n.* 3. *et seqq.* Arumæ *Disp. Pand.* 19. *Th.* 7. diss. Fachin. 8. *Contr.* 44. Prius vero nuncianti de calumnia jurandum *L.* 5. §. 14. *h. t.* Quomodo autem auctore Prætore juretur, cum fiat etiam sine prætore, vid. Duar. *ibid.* et *ad L.* 1. §. 2. *h. t.* et *in Meth. tract. C.* 4. *sub. fin.*

11) Id est hujusmodi verbis: nuncio ne quid operis fiat: non his: ne quid tu facias. Duar. *ad L.* 1. §. 5. *et ad L.* 5. §. 2. *hoc tit.*

ibi legendum est, *nuntiatio operi non personæ fit.* Non ut in Pandectis Florentinis, [12] *nuntiatio operis, non personæ fit.* Non enim alio sensu hoc dicitur quam illud, nuntiatio in rem fit, non in personam. Hinc de iis quibus nuntiari potest, hæc definitio est veterum: domino quidem operis recte nuntiari posse: sed non soli, verum omnibus quoque, qui sint in eo loco, ubi opus fit, dummodo ibi sint vel domini, vel operis nomine: domini, veluti, si sint ab eo adhibiti operis custodes et observatores: operis, ut [13] fabri vel opifices. *L. de pupillo*, §. *nuntiari*, *D. eod.* Ex quo illud est, quod placuit, si plurium dominorum res sit, in qua opus novum fiat, et uni nuntietur, omnibus dominis videri denuntiatum. *L. de pupillo*, §. *si plurium res*, *D. eod.* Quippe et hic unus dominus in opere est, aut cæterorum quoque dominorum nomine, aut certe operis. Adeoque his omnibus nuntiatur utiliter tanquam nuntiatione facta in rem, seu operi, ut nihil intersit quales sint, servi, an liberi; masculi, an fœminæ; majores natu, an pueri vel puellæ. *d. L. de pupillo*, §. 1. et *d.* §. *nuntiari.* Quod si verum est; apparet nuntiationem recte his fieri etiam adversus absentes dominos et ignorantes. Quidni, cum procedat etiam adversus invitos? *L.* 1. §. *nuntiatio ex hoc*, *D. eod.* Valebit igitur et adversus furiosum dominum, et infantem, nec tutoris auctoritas in ea nuntiatione exigetur ob eamdem caussam. *d. L. operis*, 10. *D. eod.* Tantum in his exigendum est, ut nuntietur intelligenti, sive nuntiatur domino, sive alii extraneo, quo nuntiatio furiosum, vel infantem, aut alioqui absentem dominum teneat. *L. cuilibet*, 11. *D. eod.* Merito: pro non dicto est enim, quod alii dictum ab eo non intelligitur: et æquum est nuntiationem ita institui, ut caveri possit ab adversario, ne quid contra nuntiationem fiat. Quod ita fit, si aut ipse intelligat, aut sit aliquis a quo possit moneri, quem monitum oportuit. Adde, quod aliter dici non potest contra edictum prætoris factum esse: quod tamen ad restitutionem operis adversus nuntiationem facti edictum exigit. *L. prætor*, 20. in fin. pr. *D. eod.* Nam quod dicitur in *d. L. operis*, 10. *eod.* nuntiationem furioso et infanti fieri posse, sic interpretandum est, non quasi diceretur ipsis nuntiari posse, sed ut significetur nuntiationem fieri posse, quæ furioso et infanti domino noceat; semper tamen cum hac exceptione, dum fiat intelligenti qui possit renuntiare iis qui cavere possunt. Idque ita explicatur continenter in *d. L. cuilibet*, *seq.* subjicitur enim rationis et explicationis vice in hæc verba; *Cuilibet enim intelligenti, veluti fabro, nuntiatum, infantem et furiosum tenet.*

XIII. Locus nuntiandi novi operis unus tantum: is videlicet, in quo fit opus. Ibi in re præsenti nuntiationem fieri oportet, sive quis ibi ædificet, sive inchoet ædificare. *L. de pupillo*, §. *nuntiationem*, *D. eod.* Alibi nuntiatio facta inutilis est, ut maxime quis domino ipsi in foro et quovis alio loco publico opus novum nuntiet. Quod ideo placuit, ne si forte alibi nuntiatio fiat, et dum venitur ad opus, aliquid fuerit operis per ignorantiam factum, eveniat, ut contra edictum prætoris sit factum, et tamen sit impune. *d. L. de pupillo*, §. *si quis forte*, *D. eod.*

XIV. Tempus nuntiandi quodvis idoneum, ut liceat utiliter opus novum nuntiare in re præsenti etiam feriato die. *L.* 1. §. *nuntiatio ex hoc*, *D. eod.* Non est enim nuntiatio jurisdictionis contentiosæ, sed quam vel paucis verbis transigere liceat etiam invito adversario: quod genus per ferias licet exercere. *L.* 2. *D. de fer.*

XV. Nuntiandi modus utilis [14] triplex. Aut enim nuntiatur novum opus per prætorem, aut per manum, et lapilli jactum, aut per operis novi nuntiationem, quæ specialiter ita dicitur. Tot enim modi inhibendi novi operis futuri statuuntur in *L. de pupillo*, §. *meminisse*, *D. eod.* In quibus etsi a prioribus duobus distinguitur operis novi nuntiatio, quasi in illis operis novi nuntiatio non insit: tamen hoc ita recte dicitur, cum specialiter accipitur operis novi nutiatio. Cæterum genera-

12) Sed recta Florentina lectio *operis, non personæ sit*, (non *fit.*) Inconcinne diceretur nunciatio operi fieri semper, immo fit personæ. At recte esse operis non personæ *d. L. ult.* recte item, fieri in rem non in personam *d. L.* 10. Diversa hæc: fieri personæ vel rei et in personam vel rem. In rem actiones exercentur contra personam ob rem. Si pacta in rem actiones in rem scriptæ, id est sine personæ certæ designatione.

13) Ubi si, antequam ad domini notitiam perveniret opifices ædificare perrexerint, dominus tenetur ad destructionem operis post nunciationem facti; sed fabri tenentur solvere expensas demolitionis, quia ipsi ædificando culpam commiserunt. Gomez. in *L. Tauri* 46. *n.* 29.

14) Gomez. in *L. Tauri* 46. *n.* 31. Sed unam esse novi operis nunciationem putat Duar. *ad hoc tit. D. C.* 6. *et ad d. L.* 5. §. 10. ac diversa esse genera, prohibitionem per Prætorem, itemque per lapilli jactum. His modis prohibitum non posse ædificare, etsi satisdare velit, quia nullo jure id cautum reperiatur. Nec in his concedi remissionem. Differre autem in eo quod nunciatio fiat iis, qui in solo nunciantis ædificant, reliquæ illis qui in alieno. Rob. quoque 3. *Sent.* 16. Prohibitionem per Prætorem a nunciatione diversam statuit, per *d. L.* 5. §. 10. *et per L.* 3. §. 2. *in fin. h. t.* (quam tamen aliter exponit Fach. 8. *Contr.* 46.) cumque obsistat *L.* 16. *h. t.* Resp. Rob. Nunciationem posse fieri accidente auctoritate prætoris, sed id non necessario. Nec *in d. L.* 16. Prætorem nunciare aut prohibere, sed jubere nunciari. Aliter P. Gregor. 4. *Synt.* 29. *n.* 2. quadruplicem faciens et ea quæ fit per jactum lapilli ab ea, quæ fit oppositione manuum distinguens.

raliter etiam prioribus modis nuntiatur novum opus, id est nuntiatur, ne quid operis novi fiat, ut est in interdictis ad hoc remedii genus pertinentibus. *d. L. prætor*, 20. in pr. et §. *deinde*, *D. eod.* Unde et in ea specie inhibitionis quæ fit per prætorem, dicitur prætor opus novum jubere nuntiari in *L. si opus*, 16. *D. eod.* Per prætorem nuntiatio fit, cum is qui opus novum nuntiare instituit, adit prætorem, et impetrat ab eo, ut ipse jubeat opus novum nuntiari, et inhiberi nuntiatione sua, ut factum legimus in *d. L. si opus.* Quod magistratus facere solet per apparitores nomine ejus, qui id postulant. Per manum et lapilli jactum nuntiatio olim fiebat vetere more et instituto Romanorum, cum quis nuntiaturus ne opus novum fieret, dicebat se prohibere ne fieret, et adjiciebat hunc ritum, ut manum opponeret operi quasi aversando, et simul jactaret lapillum in vicini opus: puto, ut facturo significaretur hoc ritu, si is pergeret, ei vim et contentionem judiciariam esse paratam. Sic prope describitur hæc species a Paulo in *L. vi facit*, *D. quod vi aut clam.* Ubi prohibitum ædificare, eoque et vi opus facere definit eum, qui prohibitus est quovis prohibentis actu: id est inquit, *vel dicentis se prohibere*, *vel manum opponentis*, *lapillumve jactantis prohibendi gratia.* Quæ descriptio indicat melius dici hoc modo inhiberi opus per manum et lapilli jactum, ut et legitur in aliis exemplaribus, quam per lapilli [15] ictum, ut in Pandectis Florentinis *d. L. de pupillo*, §. *meminisse.* Quamquam et ex jactu ictus est, ut non minus et hoc possit defendi: dum tamen ictus ex priore jactu lapilli intelligatur, ut est apud Paulum. Sed solemnis hic ritus Romanorum fuit: quo hodie et in aliis plerisque solemnibus non utimur. Nuntiatio novi operis, quæ specialiter ita dicta distinguitur a superioribus, est nuntiatio privata, et ea quæ verbis et solo prohibentis actu [16] transigitur, dicentis se prohibere, ne quid novi operis fiat, ut videtur hæc ipsa species describi a Paulo in eo loco quem ante citavi. *d. L. vi facit, D. quod vi aut clam.* Et satis ita esse intelligitur ex superiore divisione: in qua necesse est operis novi nuntiationem id significare, cum a prioribus membris ad istum modum distinguitur. Omnium istarum denuntiationum ad effectum nuntiationis vis eadem: ad commodum nuntiantis nonnihil est dissimilis. Nam his omnibus modis pariter consequimur, ut utiliter inhibeatur novum opus. Hoc ad rem nuntiantis interest, quod per prætorem et lapilli jactum qui nuntiat, retinet possessionem ejus loci, in quo fit opus, si quam possessionem ante habuit. Operis autem novi nuntiatione nuda adversarium possessorem [17] facit, ut si de eo postea quæratur, an jus prohibendi habeat, adversarius nullo jure ædificet, in ea lite ipse se constituat actorem. *d. L. de pupillo*, §. *meminisse*, *L.* 1. §. *in operis*, *D. eod.* Hæc cum in opere quod fit, tum in forma nuntiandi ad vim rectæ nuntiationis constituta sint, licet jam intelligere quæ jam a principio utilis sit nuntiatio; quæ inutilis: illam esse utilem, in qua ea concurrunt, quæ in his jus exigit: in qua autem quid contra factum erit, eam esse inutilem.

XVI. Sed etsi ab initio utilis erit nuntiatio, tum ab opere, de quo fit nuntiatio, tum ab ea forma quæ huic rei præstituta est: tamen quæ recte constituta erat, eventu interdum finitur, ut non magis operi postea facto noceat, quam si ab initio non esset interposita, aut non esset utiliter. Id accidit dupliciter. Aut enim ei cui opus novum nuntia-

15) Et sic legit ictum Rev. *ad L.* 73. §. 2. *de R. I.* quæ verba *per lapilli ictum* glossographo male adscribit Hotom. 2. *Obs.* 4. et male exponit Alex. Raudens. *de Analog. Cap.* 7. *n.* 14. *et seqq.* ref. Bern. Grævæo *Concl. pract. Lib.* 1. *Concl.* 16. *Consider.* 1. *n.* 3. quasi non significetur projecto, sed lapidum aut materiæ ad ædificandum paratæ dispersio, vid. *L.* 1. §. 6. *leg.* 20. §. 1. *Quod vi aut clam.* ut tamen interveniant verba vel nutus æquipollens. P. Græg. 4. *Synt.* 29. *n.* 3. Prohibitio autem hæc festucaria dicta et civilis, Cujac. *ad L.* 81. *de V. S.*

16) Prætore non adito *L.* 1. §. 2. *h. t.* Ac tantum abesse dicit Duar. *ad d.* §. 2. ut Prætoris aditio semper exigatur, ut et in suo factum dominus soli proprio motu demoliri possit, per *L.* 50. *de acq. do. L.* 33. *de cond. in d. L.* 27. *pr.* verbis *aut rem perdere* de serv. urb. *L.* 1. *C. Ut nem. lic. etc.* in quo consentit Valla *de Reb. dub. Tr.* 8. *n.* 1. Nec ideo, ait Duar. inutilis nunciatio si quis forte non ausit, vel nequeat demoliri. Potest et aliis modis, qui affines nunciationi huic, prohiberi ædificans, ut interdicto prohibitorio et actione civili confessoria vel negatoria. Quid vero intersit nunciatione quis prohibeat an actione civili, tradit Cujac. 9. *ad Afr. in L.* 15. *h. t.* (1) Nunciatio non postulanda est a prætore *L.* 1. §. 2. *h. t.* (2) Actiones non ante inhibent opus quam actor probaverit. Nunciatio vim suam exercet statim. (3) Actio interdum etsi needum quisquam ædificaverit *L.* 15. *hoc tit.* Nunciatio non antequam inchoetur ædificium *L.* 5. §. 2. *h. t.* (vid. tamen *supra N.* 1.) (4) Nunciatio datur non possessori adversus possessorem, et per eam constituitur adversarius possessor, quod intellige de posteriore specie, quæ specialiter sic vocatur. Unde si possidet prohibiturus, expedire ipsi ut alia actione agat, ne possessionem transferat, sin adversarius possideat, utiliorem esse nunciationem, Cisner. *ad L.* 15. *h. t.*

17) Quid ita cum durum sit juris nostri conservandi gratia inventam in nos converti. Gomez. in *L. Tauri* 46. *n.* 22. rationem aliam reddi non posse, quam quod solo verbo nuncians, ceu meticulosus ac timidus, videatur animum possidendi abjicere, cum non alio modo prohibeat. Duar. *h. t. C.* 6. *et ad L.* 5. §. 10 ideo transferri possessionem, quia permittitur ædificare cui nunciatum est, si satisdare voluerit, aut Prætore adito remissionem acceperit. Sed per hæc difficultas non tollitur. Vaud. 1. *Q.* 53. *n.* 9. Possessorem fieri adversarium *d.* §. 10. *et d.* §. 6. non quod nunciatio possessionem transferat. Neque enim verbis transferri potest *L.* 23. *pr. de acq. poss.* sed ut sequuta satisdatione, proindeque remissione habita, hoc ipso possessor intelligatur constitui *L.* 7. §. 2. *Quod vi aut clam et simil.* Tunc enim ex voluntate nunciantis incipit possidere estque satisdatio pro possessione *L.* 15. §. 11. vers. *cum ideo de dam. inf.* Sed obstat huic quod *d.* §. 10. *et d.* §. 6. dicunt possessorem nos facere per nunciationem. Non igitur per satisdationem quæ eam aliquando sequitur, immo remittit et abolet. Melius itaque Rob. 3. *Sent.* 16. quia nuncians suo nomine similis ei qui judicium inchoat, eoque ipso quodammodo se actorem constituit, et consequenter reum possidere fatetur. At lapilli jactu prohibens facto ipso obsistit, suamque sibi possessionem servat. Et cum per Prætorem prohibitio fit, Prætor ipse suo officio opus inhibet.

tiatum est, remittitur nuntiatio, quam remissionem ipse impetrat; aut mutatione dominii nuntiantis sua sponte exstinguitur. Remittitur nuntiatio aut conventione litigatorum, aut remissione prætoria, aut satisdatione vel repromissione ejus, cui opus novum nuntiatum est.

XVII. Conventione litigatorum, cum qui nuntiavit, paciscitur cum eo cui nuntiatum est, ut ei pergere in opere instituto liceat. Placet ex hac conventione etiam post priorem nuntiationem impune ædificari, ut in hac quoque caussa, sicut in cæteris privatis ex generali edicto de pactis pactio servetur. *L.* 1. §. *potest*, vers. *inde*, *D. de op. nov. nunt.* Dubitationem hic faciebat veteribus edictum prætoris de operis novi nuntiatione, quo cavebatur districte, ne post operis novi nuntiationem quidquam operis fieret. Si quid contra factum esset, ut sine exceptione restitueretur. *L. prætor*, in pr. *D. eod.* Sed bene id ita acceptum est, ut verba quanvis generalia temperarentur communi exceptione ducta ex edicto de pactis, extra quam si is qui nuntiasset, nuntiationem pacto remisisset. Quidquid enim hic cautum est de nuntiatione, privati nuntiantis caussa cautum est. Jus autem certum est licere unicuique juri pro se introducto renuntiare, et deteriorem conditionem suam paciscendo constituere. *L. pactum*, *D. de pact. L. pen.* in fin. *C. eod.* At versatur in ea re auctoritas et jussus prætoris: cui jussui pactione privatorum derogari non potest. *L. jus publicum*, *D. de pact.* Negat Celsus hic jussum prætoris contra versari in *d. L.* 1. §. *potest*, vers. *inde.* Et recte negat: *quid enim*, inquit, *aliud agebat prætor vim istam nuntiationi privatæ tribuendo, quam ut controversias litigatorum hoc modo dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere.*

XVIII. Remissio prætoria est, cum prætor aditus a litigatoribus postulanti ei, cui opus novum nuntiatum erat, remittit seu missam facit nuntiationem. De qua remissione est in *L. prætor*, 20. in pr. *L. non solum*, 8. §. *sciendum*, *D. eod.* Remissio hæc duplex. Quædam ex caussa; atque hac de caussa simpliciter et in totum nuntiatio remittitur: quædam sine ulla alia caussa; quo genere contra sub conditione ac velut ex parte remittitur nuntiatio. Quæ ex caussa est remissio, hanc habet caussam. Edicto cautum est, ut qui opus novum nuntiat, jurare debeat se non calumniæ caussa opus novum nuntiare. *L. de pupillo*, §. *qui opus*, *D. eod.* A quo id exigitur ad rectam nuntiationem, perspicuum est, nisi juret, vitiose ac proinde frustra nuntiare. *L. quoties*, *D. qui sat. cog.* Et si exigeretur jam statim ab initio id jusjurandum; diceremus hoc non præstito statim inutilem fieri nuntiationem, neque remissione prætoris in hac re esse opus. Nunc autem, ut est in *d.* §. *qui opus*, hoc jusjurandum non statim ab initio nuntiationis, sed postquam ad prætorem ventum est, ibi auctore prætore defertur, nec exigitur, ut juret is qui nuntiat, ante quam jusjurandum exigatur. Quapropter si tum exactum apud prætorem præstitum non erit, ibi necesse est a prætore non admitti nuntiationem. Quod cum facit, non declaratur non recte nuntiationem ante interpositam fuisse, sed quæ recte interposita erat, rejicitur, id est remittitur: in quo inest illa prætoris remissio, quam dixi. Quæ sine alia caussa remissio nuntiationis est a prætore, quæ altera species est remissionis prætoriæ, ea est, cum eo qui opus novum nuntiavit ultro jurante, nihil se calumniæ caussa nuntiare; nihilominus remittitur adversario postulanti nuntiatio. In hac vero postulatione, semper remittitur nuntiatio a magistratu: sed hoc dissimiliter a superiore remissione, quod illic simpliciter et in totum nuntiatio remittitur; hic addito temperamento, ac velut sub conditione, quatenus scilicet is cui nuntiatum est, ædificandi jus habet: *L. non solum*, §. *sciendum*, *D. eod.* vel ut in Pandectis Florentinis pro eodem dicitur in *L.* 1. in pr. *D. eod.* quatenus qui nuntiat, prohibendi jus non [18] habet. Qua parte prætor in edicto et se istam remissionem atque ista lege concessurum pollicetur, eaque pars est de remissionibus, quæ procul hinc remota collacata sub Titulo *de remissionibus* ad hunc locum referri debet. Verba autem prætoris in hac remissione hæc fuerunt, quæ exstant in *L.* 1. D. de remiss. *Quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat. Cæterum nuntiationem missam facio. Cæterum*, id est alioqui, si, puta, illi qui nun-

18) Remissio vero facta ubi nunciatio non tenet *d. L. un.* §. 2. non tenere dicitur, non quæ nulla est, ob defectum solemnium; tunc enim nec ulla remissione opus; sed cujus effectus impeditur, ei facta cui jus non est prohibere. Quod ex eventu litis cognoscitur. Interim remissio utilis ac necessaria si quis ædificare velit. Tenet autem quæ in vigore suo persistens remissione non meretur convelli ob jus nunciantis. Prava igitur omnino pariter ac arrogans Cujacii correctio vel curruptio potius 1. *Obs.* 16. qui in *d. L.* 1. §. 4. verba *utilis et inutilis* transponit, scribens. Aut hæc verba locum inter se commutent necesse est, aut nulla est scientia, nulla disciplina juris. Quem satis redarguit Duar. *ad L.* 2. *h. t.* Rob. 2. *Rec. Lect.* 12. *cir. fin.* add. Marc. Lycklama *Lib.* 3. *Membran. Ecloga.* 11.

nuntiavit, jus non est prohibere, ne opus novum fiat; eatenus nuntiationem remitto, ut appareat recte legi negative in Pandectis Florentinis in *d. L.* 1. *eod.* ad hunc modum, *deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi jus is qui nuntiasset, non haberet.* Vitiosam autem esse, si affirmative legatur, quatenus jus prohibendi qui nuntiasset, haberet, ut fit in aliis exemplaribus: cum ista conditione non remittatur nuntiatio, sed maxime teneat ex verbis conceptis remissionis, quæ ante retulimus.

XIX. Quod si remissio adversus procuratorem nuntiantis impetretur, non in procuratoris, sed in domini personam remissio conferetur, ut est in *L. cum procurator*, in pr. *D. eod.* idest missa fiet nuntiatio; non quatenus procuratori prohibendi jus est, sed quatenus domino.

XX. Hanc remissionem non solum is implorare potest, cui opus novum nuntiatum est, sed et alius quivis absentis nomine, sive ad privatum, sive ad publicum jus ea remissio pertineat: sed hac lege, dum hoc quoque intelligat se in ea petitione alienæ litis defensionem suscipere, si forte is qui nuntiat, post remissionem nuntiationis velit de jure suo experiri, et docere sibi jus esse prohibere, ne novum opus fiat, atque eatenus nuntiationem tenere, ut quod contra factum erit, restitui debeat. Proinde in ea petitione recte ab extraneo exigitur, ut tanquam defensor satisdet non dominum ratum habiturum, sed quod pertineat ad operis novi nuntiationem, ut est in *L. de pupillo*, §. 19. *D. eod.* ut satisdet, si non jure ædificatum sit, se opus restituturum, uti dominus in eadem caussa faceret. Solemnis hæc satisdatio est, quæ imponitur alienæ rei defensoribus. *L. qui proprio*, §. *qui alium*, *D. de proc.* Cum sit autem hæc omnis remissio ejusmodi, quæ a prætore impetretur; et impetretur supra scripta conditione, quatenus ædificanti jus est ædificare, seu quatenus qui nuntiat, prohibendi jus non habet: ea res facit, ut post nuntiationem novi operis litigatores magistratum adire soleant: is quidem cui opus novum nuntiatum est, ut hanc missionem impetret; is autem qui nuntiavit, ut jus suum exsequatur, et doceat sibi jus prohibendi esse, ut solet hæc lis remissionem superiorem sequi, ut paulo ante attigi. Hoc vero illud est, quod Ulpianus scribit obscurius in *L.* 1. §. *potest*, D. eod. *et post operis novi nuntiationem committunt se litigatores prætoriæ jurisdictioni.* Quorsum, aut quid necesse post operis novi nuntiationem? nempe ad eas res, quas modo dixi expetere litigatores a prætore, partim ad vitandam nuntiationis vim, partim ad retinendam.

XXI. Satisdatione de opere aut damno eamdem remissionem consequitur is, cui opus novum nuntiatum est. *d. L. prætor*, in pr. *D. eod.* Sed et hanc ut promptius, ita et pleniore effectu. Prior non impetratur nisi a prætore; unde et ad eam impetrandam prius eum adiri oportet. Satisdatione de opere aut damno interposita, qua nuntianti cautum sit, ipso jure nuntiatio remittitur, habeturque omnino vice prætoriæ missionis *L. prætor*, in pr. *D. eod.* Unde illud Ulpiani, *habet*, inquit, *hoc remedium satisdationis utilitatem. Nam remittit vexationem ad prætorem veniendi, et desiderandi, ut missa fiat nuntiatio.* L. de pupillo, §. *si is cui*, *D. eod.* Idque certius intelligitur ex eo, quod ei qui nuntiandi de opere novo cavisset, prætor interdictum proposuit, quo vetat illi vim fieri, quominus opus, de quo cautum esset, facere liceret *d. L. prætor*, §. *deinde.* Ad hæc superior remissio non latius missam facit nuntiationem, quam quatenus qui nuntiavit, jus prohibendi non habet, ut diximus. Satisdatio ut sine prætore remittit nuntiationem; ita et in totum, et sine exceptione [19] remittit. Merito cum, ut scribit Ulpianus, ex hac satisdatione utrique consultum sit: ei quidem qui nuntiavit, quia cautum habet de opere restituendo: ei autem cui nuntiatum est, quia molitio eius non impeditur. *L. stipulatio*, §. 1. *D. eod.* Quid si satisdationem non admittat, qui opus novum nuntiavit? Satis est obtulisse, et per actorem stare, quominus satisdetur, ut nihilominus offerenti remitti debeat satisdatio. Et huic quoque ex ea caussa interdictum superius comparatum est. *d. L. prætor*, §. *si quis paratus*, §. *deinde*, *eod.*

XXII. Interdum et sola repromissio idem efficit. *d. L. de pupillo*, §. *si is cui*, *D. eod.* Est autem repromissio simplex promissio sine fidejussoribus: quæ et dicitur cautio. *L. sancimus*, *C. de verb. signif.* satisdatio autem, eadem promissio, sed adhibitis fidejusso-

19) Sed huic juris aliquantum derogavit et satisdationem imminuit *L. un. C. hoc tit.* ex qua non aliter admittitur, quam si per tres menses qui nunciavit de jure suo non docuerit. Nec ante eorum lapsum impune ædificat qui satisdedit. Duar. *h. t. C.* 6. et add. *L.* 5. §. 17. Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 34. *et* 2. *seqq.* P. Greg. 4. *Synt.* 31. *n.* 3. Tessaur. *Decis.* 204. Gail. 1. *Obs.* 16. *n.* 17. Bernh. Grævæ. *Concl. Pract. C.* 16. *n.* 18. *et seqq.* Ant. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 15. *n.* 29. *et seq.* Fachin. 8. *Contr.* 48.

soribus. *L.* I. *D. qui sat. cog.* Utrum horum præstandum sit ad inhibendam nuntiationem novi operis, ex persona nuntiantis æstimatur. Si quis suo nomine opus novum nuntiat; ei satisdandum est: si quis alieno, nuda repromissione contentus esse debet. Qua ratione placuit, si quis de eo quod ædificatur in publico loco, opus novum nuntiet, huic repromissionem sufficere. *L. non solum,* 8. §. *quod si, D. eod.*

XXIII. Hac satisdatione et repromissione ad remissionem nuntiationis admissa, sequitur, ut quid hic promittendum sit, et quid continere debeat cautio, cognoscatur. Et promissio hæc omnis ita esse debet, ut est finis nuntiationis. Is finis duplex est, ut ex iis quæ de caussis hujus generis diximus facile potest intelligi. Nam alias opus novum nuntiamus, quia ædificanti in totum id facere jus non est, puta ædificanti in nostro, aut in suo quidem, sed contra impositam servitutem; alias quia ita ei ædificandi jus est: ut tamen ab eo opere damnum metuamus. Indicatur hæc distinctio in *L.* I. §. *nuntiamus, D. eod.* Ut igitur in his propositum est et metus nuntiantis: ita esse debet cautio, quo ei satisfiat. Proinde de jure operis habendi contendenti cavebitur de opere restituendo. *L. stipulatio,* in pr. et §. I. *D. eod.* de damno operis laboranti cavebitur damni infecti, *d. L.* I. §. *nuntiamus.* Stipulatio damni infecti quæ sit, et quid contineat, ad proximum remedium pertinet. Ibi dicetur. Cautio autem de opere restituendo ea est stipulatio, quæ propria est operis novi nuntiationis, non sane quod non hic quoque locum habeat stipulatio de damno infecto; habet enim, ut dixi: sed quia illa communis est, et ad alias etiam caussas pertinet: quæ autem est de opere restituendo, demum propria est operis novi nuntiationis, *d. L. stipulatio* in pr. Est autem hæc stipulatio hujusmodi, atque hanc promissionem continet. Stipulanti ei qui opus novum nuntiavit, is cui nuntiatum est, promittit, si opus factum erit sive a se, sive ab herede suo, et judicatum erit, non jure opus factum esse, aut res ab his non defendetur, se heredemve suum quod operis novi factum erit, boni viri arbitratu restituturum: et præterea in ea re tota dolum malum a se heredeque suo abfuturum esse.

XXIV. Quod ut de tota stipulatione recte dici intelligatur, partes observandæ sunt, quæ si sigillatim probabuntur, definitionem confirmabunt. Habet igitur hæc stipulatio personas, conditiones certas, et rem certam quæ promittitur. Personæ hæ: qui nuntiat, et is cui nuntiatur. Sed qui nuntiat solus, hic sibi stipulatur, non heredi; quia ejus morte finitur operis novi nuntiatio. Is autem cui nuntiatur, ita de se promittit, ut heredis etiam personam complectatur, ne quid ab eo fiat. Unde placet ejus morte cui opus novum nuntiatum est, non exstingui operis novi nuntiationem. Hoc in *L. non solum,* §. *vult, D. eod.* Conditiones hæ sunt, sive res judicetur, sive non defendatur. *L. stipulatio,* §. *habet,* §. *sive.* Res, id est eum qui nuntiavit, jus prohibendi habuisse, eum autem cui nuntiatum est, non habuisse jus ædificandi. De eo enim fuit controversia, nec debuit adversarius quidquam promittere de restituendo opere, si declaratus erit jure ædificasse. Res promissa est operis restitutio: item dolum malum abesse abfuturumque esse. Indicantur hæ præstationes in *d. L. stipulatio,* §. I. et §. *habet, eod.* Restituere opus factum est quod ædificaris, destruere, quod destruxeris in eumdem statum reponere. *L. prætor,* in pr. *D. eod.* Quid si ex hac stipulatione judicatus promissor non restituat? Conveniebat communi juri de faciendi obligationibus constituto, ut condemnatio fieret in pecuniam numeratam, id est in id quod actoris interest, atque hoc præstando liberaretur promissor. Id enim jus in hoc genere servatur. *L. si quis ab alio,* §. *ult. D. de re jud. L. stipulationes non dividuntur,* vers. *Celsus, D. de verb. obl.* Sed in hac specie operis contra nuntiationem facti etiam ex stipulatione, sequimur regulam juris. Sed placet, ut promissor qui non restituit, tantam quidem pecuniam det, ac tanti condemnetur, quanti ea res erit: verum hac conditione, si hoc petitori placuerit. *L. ex operis, L. stipulatio,* §. *pen. D. eod.* ut intelligamus, si prius ei placet, pecuniam eum petere posse, et in eam quantitatem stipulationem committi. *d. L. ex operis.* Si non placet omnimodo manu et vi prætoria opus restituendum. Hoc ideo, quia in hac restitutione versatur auctoritas magistratus: quoniam quod fit post nuntiationem, fit adversus interdictum prætoris, ut est in *d. L. prætor,* in fin. pr. *D. eod.* Ex hoc jure stipulatio pro arbitrio nuntiantis ita concipi potest, ut aut stipuletur tantum rem restitui: aut disjunctim rem restitui, vel quanti stipulatoris interest, si ille hoc maluerit. *L. stipulatio,* §. *ult. D. eod.* Unde si pluribus nuntiatum sit novum opus; is qui nuntiat, satis habet ab uno tantum id sibi cavere; quia restitutio operis pro parte fieri non potest. Quod si plures nuntient, et de eo quod in-

interest velint singuli sibi cautum; adjicere debent, ut tantum præstetur, quanti uniuscujusque intersit, si hoc maluerint. In quo non continetur, nisi pars æstimationis, quæ ad quemque pro parte sua cedere debet. Idem est, etsi unus stipulatus sit, quanti ea res erit. Nam et hæc verba ad operis quantitatem idest æstimationem referuntur. Hæc in *d. L. stipulatio*, §. *ult. eod.* Non tamen de toto opere restituendo cavetur hac stipulatione, sed de opere quod novum factum erit post nuntiationem. Unde quæritur, quod intelligatur opus factum esse: de quo in *L. stipulatio*, §. *opus*, *D. eod.* tum ad probationem operis postea facti quomodo discerni possit vetus a novo, ut novum restituatur: quorum de utroque mox in commune opportunius dicetur, quando et eadem restitutio incidit opere adversus contemptam nuntiationem facto: de quo paulo post.

XXV. Habet autem hæc stipulatio interdum diem hoc modo: si intra certam diem promissor judicatus erit jus ædificandi non habuisse, aut si intra eam diem res ab eo non defendetur. Hoc die interposito monemur in *L. cum procurator*, §. 1. *D. eod.* semper intra eam diem committi stipulationem, idest incipere ex ea stipulatione agi posse, si intra eam diem conditio exstiterit. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* Nec obstare, si intra eam diem dominus opus novum iterum nuntiaverit: quia quandiu stipulatio teneret, ea nuntiatio ad inhibendum opus esset inutilis. Cæterum præterita ea die stipulationem non committi placet, quanvis dominus iterum nuntiet: scilicet quia tum conditio defecerit. Hæc ejus loci alioqui obscuri sententia est.

XXVI. Mutatione dominii nuntiantis etiam sua sponte finitur exstinguiturque nuntiatio, sive is moritur, sive vivus alienavit id propter quod opus novum nuntiabat: *quia his modis*, inquit Paulus, [20] *finitur jus prohihendi.* Hoc in *L. non solum*, §. *vult*, *D. eod.* Recte: nam si quis ideo nuntiat, quod dicat in suo ædificari: re alienata nuntiandi caussam amittit, quia desinit res ejus esse. Si ideo nuntiat, quia vicinus ædificet quidem in suo, sed contra debitam nuntianti servitutem: etiam hic prædio cui servitus debebatur, alienato, nuntiandi caussa finitur, quia ea alienatione amittitur nuntianti servitus, quæ fundum alienatum sequitur. Morte nuntiantis idem efficitur, cum res cujus caussa opus novum nuntiatum erat, morte nuntiantis ad alios possessores transeat.

XXVII. Atque hæc sunt, quæ operis novi nuntiationem aut jam a principio inutilem, aut eventu irritam faciunt, quorum si quid acciderit, licet ædificare impune, et nuntiationem contemnere. Sic tamen, ut recte moneamur in *L. sciendum*, *D. eod.* ei cui denegata est exsecutio novi operis, idest cujus nuntiatio effectum et exsecutionem suam non habuit, quod fit superioribus remissionibus, et dominii mutatione, nihilominus integras legitimas actiones manere: sicut in iis quoque caussis manet, in quibus ab initio operis novi nuntiationem prætor denegat. Actiones legitimæ quæ sine novi operis nuntiatione competunt ad opus inhibendum, sunt in nostro rei nostræ vindicatio; item interdictum uti possidetis: in alieno servitutis vindicatio si quis adversus servitutem quæ ædibus nostris debetur, in suo ædificet. *D. qui viam*, *D. eod.* In locis publicis, sacris, religiosis si quid in his fiat, quo nobis noceatur, interdicta his de rebus proposita.

XXVIII. Quod si cum ab initio recte constituta esset nuntiatio, neque postea remissa erit quibus modis remitti solet, et is qui nuntiavit, idem dominus erit, qui prius: vis nuntiationis hæc est edicto cauta, ne quid post nuntiationem novi operis fiat; si quid factum erit, ut restituatur, sive jure factum erit, sive injuria. Indicatur hæc vis in *L. prætor*, 20. in pr. §. *ait*, *L. stipulatio*, 21. §. 1. *L. non solum*, 8. §. *sciendum*, *D.* 1. in pr. *D. eod.* In quam restitutionem [21] interdictum propositum est a prætore, quod exstat in *d. L. prætor*, in pr. *D. eod.* quod, ut sæpe monuimus, nihil aliud est, quam actio ejus restitutionis obtinendæ caussa. Cui detur, adversus quos, qua de re, quave conditione, paucis indicandum est. Tum vis nuntiationis erit cognita.

XXIX. Competit hoc interdictum nuntianti tanquam qui maleficio læsus sit. Cujus malefi-

20) Morte ejus qui nunciavit, quia finitur jus prohibendi, cujus conservandi caussa nunciatio facta; alienatione, quia interesse desinit; Petr. Gregor. 4. *Synt.* 31. *n.* 6. Objic. Obligatio transit ad heredes. Resp. Duar. *ad d. L.* 8. §. *pen.* Nunciatio facti tantum, nec quid commune ei cum obligatione. Objic. Judicii instantia transit ad heredem *L. si eum* 33. *de fidei. Cap. quia extra de judic.* Resp. Hic tantum est præparatio judicii futuri. Duar. *d. lo.* Sed hæc ita, si res integra ac nuda adhuc nunciatio. Quod si spreta nunciatione vivo defuncto opus factum, interdictum, quod defuncto competere cœpit, etiam heredi datur. Duar. *d. lo.* Non autem extinguitur nunciatio morte ejus, cui nunciatum est *d. L.* 8. §. *ult.* quia ex hujus parte realis est, ideoque ad heredem transit, ex parte nunciantis personalis P. Greg. 4. *Synt.* 31. *n.* 8.

21) Cui licet multa communia cum Interdicto Quod vi aut clam, discrepat tamen. Duar. *ad L.* 1. *pr. h. t.* Gomez. *in L. Tauri* 46. *n.* 22. 4. differentias recensens. Nam Interdictum Quod vi, habet locum etiam pro re communi, datur fructuario, item habenti rusticam servitutem, et colono vel inquilino. Quorum nullum convenit huic interdicto.

leficii satis idonea probatio ex edicto habetur, quod factum sit adversus nuntiationem. Vel potius ob contemptam nuntiationem et imperium prætoris, ejus rei quæstio omittitur.. *L. prætor*, §. *hoc interdictum*, *D. eod.* Et ut nuntianti competit, ita soli, heredique ejus. Unde si plures sint domini ejus prædii, cui opus novum noceat; placet unius nuntiationem non sufficere, sed singulos necesse habere nuntiare. *L. de pupillo*, §. *si plurium dominorum*, *D. eod.* Non alia de caussa omnino, quam quod si unus tantum nuntiaverit, et contra nuntiationem opus factum sit, etsi competit interdictum de toto opere restituendo, quod pro parte restitui non potest; *L. 4.* §. *ult. D. de verb. obl.* tamen competit solum nuntianti; cæteris non competit, quia non nuntiarunt.

XXX. Competit adversus eum, qui opus novum fecit, quive in ea caussa est, ut pro faciente haberi debeat: puta, qui mandavit, aut quod ejus nomine factum est, ratum habuit. *d. L. prætor*, §. *hoc interdictum*, *D. eod.* Quod quidem dubitationem non habet, si idem fecit, aut ratum habuit, cui ipsi opus novum nuntiatum erat. Fecit enim dolo malo, qui sciens prudens contempsit nuntiationem. At quid si uni opus novum nuntiatum est, et re alienata novus dominus ædificavit? Placet et novum dominum, quia contra nuntiationem fecit, hoc interdicto teneri, quanvis de nuntiatione nihil cognoverit, Finge eum cui opus in suo instituenti opus novum nuntiatum erat, id prædium vendidisse; emptorem ignorantem perrexisse, ac perfecisse opus inchoatum; placet emptorem, qui fecit, non dominum priorem qui nihil fecit, [22] teneri. Nec obstat, quod huic nuntiatum non est, et ignorans nihil dolo malo fecit, nihil deliquit. *Nuntiatio* enim, inquit Labolenus, *operi fit*, *non personæ*. Hoc in *L. ult. D. eod.* Idest nuntiatione novi operis non obligatur persona possessoris; sed res, in qua opus instituitur, ac propter rem etiam possessores, qui contra nuntiationem fecerint; ut sit hæc obligatio quæ adversus emptorem ignorantem non ex persona ejus nascatur: sed ex re ejus: res autem ob damnum futurum possessorem obliget ad opus inhibendum, adversus: quod operis novi nuntiatio processerit. Sed ut qui contra nuntiationem opus novum fecerunt, tenentur omnes: ita tenentur soli. Usque adeo, ut non competat hoc interdictum adversus eum dominum cui opus novum nuntiatum est, si ipse nihil fecerit. Exemplo est in superiore specie venditor prædii, cui opus novum nuntiatum esse proposuimus, quem negavimus teneri, si prius quam opus fieret, prædium vendiderit, quanvis emptor ædificaverit postea. *d. L. ult. D. eod.* Hinc etiam responsum de eo opere, quod fit in re plurium dominorum communi. Hic sive omnibus dominis nuntietur, sive uni tantum, diximus recte factam nuntiationem omnibusque dominis videri nuntiatum. Placet tamen si unus ædificaverit non mandantibus neque ratum habentibus cæteris, solum teneri qui fecit; cæteros non teneri. Hoc in *L. de pupillo*, §. *si plurium res*, *D. eod.* congruit *L. ædibus*, *D. eod.* Idque usque adeo verum est, ut quanvis quis contra nuntiationem ædificaverit, mortuo eo placeat heredem ejus hoc interdicto de restituendo opere non teneri, qui modo in ea nihil dolo malo fecerit: hac ratione, quod in restituendo ejusmodi opere ejus, qui contra edictum fecit, pœna versetur: heres autem in pœnam non succedat: tantum heredem patientiam destruendi operis, [23] præstare debere. Hoc in *L. pen. D. eod.* Sed et hoc amplius, si quid ad eum ex ea caussa pervenerit, in eamque aut interdictum, aut actionem in factum, ut nonnulli olim malebant, competere. *L. prætor*, §. *hoc interdictum*, in fin. *D. eod.* Nunc solum actio in factum loco interdicti ex constitutionibus. *L. pen. L. ul. C. de interd.*

XXXI. Est hoc interdictum ad restitutionem operis facti. Restitutionem quam hic intelligamus, ante diximus. Petitur autem restitutio non cujusvis operis, sed operis novi facti post nuntiationem, quæ ante non sit remissa, aut aliter finita. *Opus factum*, inquit Ulpianus, *accipimus*, *non si unum vel alterum cementum fuit impositum*, *sed si proponatur instar quoddam operis*, *et quasi facies quædam facta operis.* L. stipulatio, 21. §. *opus*, *D. eod.* Novum quod exigimus, significat, si quod ante nuntiationem factum sit, deinde post novum additum, solum novum restitui debere, vetus manere. Hinc quæsitum, quod et ad hoc interdictum et supra scriptam stipulationem pertineat, quomodo probet actor aliquod opus factum esse post nuntiationem. Nam cum dicat factum; pro-

22) Scilicet ad id ut patiatur opus destrui, non vero ut impensas demolitionis præstet, ne obstet *L.* 3. §. 3. *in fin. de alien. jud. mut. ca.* Pac. 3. *Q.* 12.

23) Sed Pet. Greg. 4. *Synt.* 30. *n.* 1. ab heredibus quoque impensas præstandas vult si possideant, nisi ædificatum sit invito defuncto. Idemque ex *L.* 16. §. *ult. Quod vi aut clam*, sic distinguit. Qui fecit et possidet, patientiam et impensas; qui fecit nec possidet, impensas; qui possidet nec fecit, patientiam tantum destructionis præstat.

probare debet juxta regulas juris. *L. 2. D. de prob. L. actor, C. eod.* Non id nunc in hac parte quæreretur, nisi ad cautionem et præmunitionem nuntiantis, quam is in nuntiando jam a principio adhibere deberet, pertineret. Est enim alioqui aliena hoc loco quæstio de probatione, si hæc tantum per se spectetur. Sed ad eam cautionem pertinet, quam dixi. Et res probatu facilis est, nec ullam cautionem desiderat, cum opus nunc primum instituitur in eo loco, in quo ante nullum fuit. Facile enim testes adhibiti videre et testari possunt nihil ibi antea operis fuisse. Quod cum dixerint; satis intelligetur quidquid operis in eo loco postea reperietur, omne novum esse, ac proinde totum quod ibi ædificatum erit, restitui debere. Tum res habet difficultatem probationis, nisi cautione nuntiantis occurritur, cum ibi nuntiatur novum opus, ubi jam ante opus inchoatum erat, et quæritur quid deinde fuerit inductum, quando id solum restitui debet. Nam hic ne testes quidem oculatissimi facile pro testimonio dicere possunt, quidnam id aut quantum sit, propter difficilem veteris et novi operis descriptionem, quoniam in eo facile et memoria et aspectu rei falli possunt. Quare quod proprium sit hujus nuntiationis, consilium hoc casu datur nuntianti, quo se ea difficultate expediat: curet scilicet, cum fit nuntiatio, id opus quod jam factum erat, in testationem idest in descriptionem testatam referri: ad eam rem sumat modulos, idest formas inchoati operis. Sic enim futurum ut his collatis cum eo quod nunc est, cum de eo restituendo agitur, appareat, quid postea factum sit, ac tantum restituatur. Hoc in *L. non solum*, §. 1. §. *pen. D. eod.* Et quoniam nemo dominus operis facile patitur modulos sumi in re sua, et vis facienda non est, placet a magistratu impetrandum, ut illi moduli sumantur, et conferantur; quod ille decernere solet. *d. L. non solum*, §. *pen.*

C A P. XLVII.

De damno infecto

I. SI jam opus factum erit, ut nullo modo inhiberi possit operis novi nuntiatione: aut ita nondum factum, ut quominus jure habeatur ab eo qui fecit, eadem nuntiatione prohiberi non possit: quale est, si quis quid ædificat in suo sine metu ullius impositæ servitutis: tamen ab eo opere damnum metuimus: ejus damni seu arcendi seu

seu sarciendi caussa una hæc ratio est communis, si rebus integris et damno nondum facto stipulemur ab eo, ad quem ea res pertinet, damni infecti nomine, id scilicet, si quod inciderit, nobis præstitum iri. Hac stipulatione non interposita, si vicini ædes ruinosæ in nostras ceciderint, et damnum dederint; nulla de eo damno nobis adversus vicinum competit actio, ut antea quoque monuimus: adeo ut placeat, nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat: utrumque tamen ita, si modo paratus sit ruderibus, et reliquo operi vitioso cedere: et hactenus adversus eum actionem esse placet. *L. evenit*, 6. *L. prætor*, 7. §. 1. §. *ult.* in fin. *L.* 8. *L. hoc amplius*, 9. in pr. *D. de dam. inf.* Sane si dominus ea quæ ceciderunt, repetat, nobis adversus eum exceptio est per retentionem, qua hoc consequimur, ut ne aliter illi auferendi jus sit, quam si omnia etiam quæ inutilia essent, auferret: nec solum de futuro damno, quod dari possit in his rebus auferendis, sed etiam de præterito caveret, si quid forte nostrum ante dejecisset, ut ædes, aut corrupisset, ut vineas, arbores, segetes, fontem, puteum. *d. L. prætor*, §. *ult.* Eademque ratio est, si quid de alieno importatum sit in nostrum vi fluminis; aut si ex fundo vicini crusta lapsa sit in meum fundum, ut pluviis et collectis imbribus contingere potest a superioribus locis in inferiora: et dominus sua repetat. *d. L. hoc amplius*, §. 1. §. *Alfenus*, §. *Neratius*, *D. eod.* Interposita autem superiore stipulatione, certo jure de damno stipulanti cautum est. Constat enim ex stipulatione jure civili esse actionem. §. *de constituta*, *Inst. de act.*

II. Et si quidem ab eo, a cujus ædibus aut opere damnum metuimus, hæc cautio semper obtineretur sponte, quæstio esset sublata. Sed quoniam nobis res est cum invitis, qui postulantibus nobis non statim nec sponte caveant: si hoc remedio damnum metuenti consultum plane esse volumus, curandum fuit, ut hanc cautionem ab invito obtinere liceret. De quo et jus constitutum est edicto prætoris, idque jus est, quod explicatur sub *Tit. de damno infecto*, *D.* Id quas partes habeat, ita facile et statim intelligemus. Ut stipulationem istam ab invito obtinere liceat, tribus in rebus positum est. Primum ut sit nobis adversus vicinum constituta jure petitio, qua ab eo per magistratum petere, et impetrare possimus, ut stipulantibus nobis de damno caveat. Proximum est, ut sit ea stipulatio, qua de eo damno recte cautum sit. Tertium, ut si jussus a prætore stipulantibus nobis de damno promittere, non pareat, sit idonea aliqua pœna constituta, cujus metu cogatur vicinus parere, aut si non moveatur eo, nihilominus nobis in ea re recte consulatur. Et totidem capita sunt hujus cautionis obtinendæ caussa cauta edicto prætoris de hoc genere, quod edictum exstat in *L. prætor*, 7. in pr. *D. eod.* estque ejus edicti hoc argumentum et summa. Quod si vicinus metu superioris pœnæ adducetur, ut caveat de damno futuro, ut volumus: tum deinde de vi et effectu stipulationis quærendum est, cum aliquid damni contigerit, quod inde nobis præstitum velimus. Quæ si jam in unum colligentur, efficietur hujus juris hæc summa, ut quatuor sint loci, quibus omnis hæc de damno infecto quæstio et tractatio continetur. Petitio et postulatio damni infecti stipulationis an et qualis sit constituta: Genus cautionis quod hic petitur, quod et quale: Denegatæ hujus cautionis quæ sit pœna, qua petenti recte consulatur: Postremo admissæ ad cautionem stipulationis quæ vis et effectus. De quibus eodem ordine breviter dicemus.

III. Prima ergo obtinendæ superioris cautionis ratio est, si sit nobis petitio ad eam cautionem impetrandam adversus invitos constituta. Et est constituta statim in principio edicti, qua parte [1] prætor pollicetur, se eum a quo hæc cautio desiderabitur, jussurum damni infecti promittere, vel satisdare ei, qui juraverit se non calumniæ caussa id postulare. Hac petitione ita constituta, cœpit intelligi postulationem hujus generis stipulationis esse actionem. Id enim est, quod traditur in *L. actionis*, *D. de obl. et act.* stipulationes etiam prætorias actionis verbo contineri, *quia instar actionum obtinent.* Ubi per stipulationes prætorias ipsarum petitionem intelligere debemus μετωνυμικῶς. Nam ipsæ stipulationes sunt res, quæ petuntur. Nemo autem ignorat aliud esse rem quæ petitur, et aliud ejus rei petitionem, seu ejus rei petendæ jus. Sed petitionis effectus est stipulatio, quia hanc per ejusmodi petitionem consequimur. Hinc verbo stipulationis, hujus caussam efficientem, id est hujus petitionem et persecutio-

1) Postulanda enim est cautio a prætore pro tribunali, adversario præsente vel vocato. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 8. *n.* 6. Quæ postulatio instar actionis, quia in jure peti eam necesse est. Unde et dari dicitur a prætore *L.* 15. §. 28. *hoc ti.* Et vocatur actio *L. inquilino* 33. *hoc tit. L.* 3. §. 2. *L.* 11. §. 3. *de aq. pl. arc.* Eamque postulans experiri dicitur *L.* 43. *pr. hoc tit.* ut et qui satis accipit, Cujac. 9. *ad Afric*, *in L.* 44. *hoc tit.*

tionem intelligimus, et ita passim veteres usurpant. Unde illud; *damni infecti stipulatio competit*, pro damni infecti stipulationis petendæ jus competit. *L. damni*, 18. in pr. *D. de dam. inf.* Recte vero hæc petitio, seu hujus stipulationis petendæ jus dicitur actionis verbo contineri, actionis instar obtinere. Nam actio est jus omne persequendi judicio quod sibi debetur. *Inst. de act.* in pr. Ejusmodi persecutio est in postulatione hujus cautionis. Est enim hic jus hanc cautionem persequendi; non quidem pleno judicio, uti judicia ordinaria dicuntur, quæ judicis condemnationem aut absolutionem habent: sed tamen vi et effectu consimili, nempe per magistratum idque caussa cognita: in qua etiam est hic exitus, ut jubeatur adversarius præstare, quod petitur: solum hoc interest, quod illo recusante, non fit condemnatio in pecuniam numeratam, sed alia pœna adhibetur: mittitur enim petitor in possessionem rei vitiosæ de quo postea dicetur. Atqui hæc pœna condemnationis vicem obtinet. Quid enim refert ad vim petitionis, quo modo quod petis obtineas? Sed et hic persequimur rem nobis debitam. Postquam enim petitio constituta est, qua hanc cautionem ab invitis exigamus, recte dixerimus ipsam cautionem nobis deberi: si quidem debitor is est, a quo invito quid exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. signif.* At enim vicinus neque contraxit nobiscum de ea re, neque quasi contraxit, et multo minus hic quidquam peccatum est, quamobrem eum de damno cavere oporteret. Unde igitur hujus debiti obligatio: aut potius quæ hujus debiti obligatio potest intelligi, cum dixerimus omnem obligationem nasci ex superioribus caussis? Meminerimus vicinum a quo nobis hæc stipulatio debetur, non debere, obligatumve esse ex sua persona, sed obligationem ei nasci ex re sua: in quo genere superiores caussæ obligationis locum non habent. Est autem hæc conditio rerum nostrarum, ut nos de damno a se dato onerent, nisi malimus his rebus cedere, aut rebus integris de damno cavere, *d. L. prætor*, §. 1. *D. eod.*

IV. Hac actione constituta, quærendum est, quod est proprium omnis actionis, qua de re sit constituta hujus stipulationis petitio, tum quibus competat, et adversus quos. Stipulatio est de damno infecto, ut est in principio edicti. Damnum est omnis deminutio patrimonii nostri. *L.* 3. *D. eod.* et de hac deminutione [2] est hæc stipulatio. *Damnum infectum est, damnum nondum factum, quod futurum [3] veremur. L.* 2. *D. eod.* Et de hoc hæc stipulatio, et petitio constituta est: de præterito quod inciderit nulla interposita cautione, non est [4] constituta, ut initio diximus. *d. L. evenit*, *L. prætor*, §. 1. §. *ult. D. eod.* Sed an de omni damno, quodcunque et ex quocumque opere aut re aliena metuimus? Plane de omni damno, quodcunque timeamus ab alienis rebus. Id damnum metui potest aut ab ædibus ruinosis, aut ab opere aliquo, aut ab agro et arboribus caducis. Quodcumque id damnum erit, et a quibuscunque rebus, hæc petitio locum habet. De quo utilis definitio tenenda est, quæ exstat in *L. eorum*, 19. §. *ult. D. eod.* in hæc verba: *sive ædium vitio, sive operis, quod vel in ædibus, vel in loco urbano, aut rustico, privato, publicove fiat, damni aliquid futurum sit; curat prætor, ut timenti damnum caveatur.* Itaque quanvis in mari et litore publico ædificare cuivis liceat: quanvis liceat in fluminibus et viis publicis, quod sine incommodo cujusquam fiat, ita ut tanquam id non liceat, non possit opus nuntiatione novi operis inhiberi: tamen de eo omni opere recte petimus nobis caveri ab eo qui instituit id opus, aut jam ibi constitutum habet. *L. fluminum*, in pr. *D. eod. L.* 1. §. *nuntiamus* in fin. *D. de op. nov. nunt.* Sic etsi viam iterve aut aquæductum, fontemve aquæ hauriendæ caussa, si quando harum rerum servitutes nobis debentur, jure nostro in alieno reficere licet: hactenus tamen licet, dum adversario damni infecti, quod per ejus operis vitium datum sit, caveatur. *L.* 3. §. *ait*, *D. de iti. act. pri. L.* 1. §. *ait*, *D. de aq. quot. et æst. L. damni*, 30. in pr. et fin. *D. de dam. inf.*

Unum

2) Vid. Gœd. *ad L.* 81. *de V. S. n.* 3.

3) Quod contingere speratur, ait Ulp. *L.* 13. §. *ult. in fin. hoc tit.* id est metuitur. Sic sperare pro timere in *L.* 3. §. 6. *Si cui plus quam per L. Falc. L.* 66. *de R. V. L.* 61. *de contr. empt.* Sicuti

Virg. IV. Æneid.
Nunc ego si potui tantum sperare dolorem

Et I. Æneid.
At sperate Deos memores fandi atque nefandi.

Juven. Sat. IV.
. . . . . *Jam quartanam sperantibus agris*,

licet aliter exponat Ptole. Flav. *Conject. C.* 17. et Marc. *Lib.* 14 sperare inediam. Et Gr. τὴν ἐλπίδα pro cujusvis eventus, etiam sinistri, espectatione usurparunt; vid. A. Gent. *Lect. Virg. C.* 6. *p.* 55. *et seq.* Rad. Forn. 3. *Rer. quotid.* 15. Jac. Nic. 2. *Misc. epiphi.* 23. Contra *timebamus* pro *sperabamus*, videtur posuisse Cic. 6. *Ep. fam.* 11. de quo Henr. Steph. *Li.* 2. *Schedias.* 21. Naturalis etiam quædam spei ac metus conjunctio est. Et tum metuentis animus spe aliqua substentatur, Muret. 12. *var. Lect.* 6. tum sperantis semper quadam formidine debilitatur, Joach. Camer. *QQ. promisc. Decur.* 3. *Q.* 6.

4) Ideoque necessitatis caussa introductum hoc remedium, Duar. *ad h. t. D. C.* 1. *et* 2. quod extraordinarium et subsidiarium, P. Greg. 4. *Synt.* 26. *n.* 3.

Unum genus operis hic exceptum est, si publicus locus publice reficiatur: hic placet de damno infecto non esse cavendum. *L. si finita*, §. *si quid in via*, in fin. *D. eod.* Si tamen de vitio operis damnum metuamus, hæc cautio est, ut eo nomine adeatur princeps aut si aberit, præses provinciæ. *L. fluminum*, in pr. illic, *quid ergo si publice*, *D. eod.*

V. Competit hæc petitio omnibus, qui damnum ex ædibus, agro, aut opere aliquo alieno metunt, quod et superior illa definitio ostendit: dummodo qui petit sibi caveri prius juret se non calumniæ caussa id postulare. *L. qui bona*, 13. §. *qui damni*, *D. eod.* sumptum ex edicto. *L. prætor*, *eod.* aut si alieno nomine postulat, dum juret eum cujus nomine agitur, non calumniæ caussa postulaturum fuisse, quod et edicto expressum est, et præterea caveat dominum rem ratam habiturum; quod est omnium procuratorum actoris. *L. inter quos*, 39. *L. pen. D. eod.* Si quis jurabit, non quærimus, utrum vicinas ædes suas ipse aut dominus ejus habeat, an alienas in quibus sit ei aliquid juris, quasve inhabitet, aut an habeat similia aliqua loca vicina, quibus ruina ædium aut loci, aut operis vicini nocere potest: sed generaliter quicumque loco vicina ita habebunt, sive domini sint eorum locorum, sive non sint, recte postulabunt sibi damni infecti caveri, recteve eorum nomine postulabitur. Ideo placet admitti ad hanc stipulationem vicinos omnes non tantum dominos, sed et inquilinos eorum, et inquilinorum uxores, item et si qui cum his morentur. *d. L. qui bona*, §. *qui damni.* Multoque magis superficiarium, fructuarium, [5] creditorem, qui pignoris jure ædes teneat. *d. L. qui bona*, §. *superficiarium*, *L. quid de.* 11. in fin. *D. eod.* Illud plane exigimus, ut res cui damnum timetur, sit in bonis ejus qui cautionem desiderat, aut sit ejus periculo, quales sunt superiores: quibus solis damni infecti stipulatio competit. *L. damni*, 18. in pr. *D. eod.* Cæterum si quis in meo aut animi, aut temporis caussa versetur, nullo jure, nulla necessitate obligationis coactus, puta si quis in meo deambulet, in meo lavet, vel in meam tabernam divertat, ei caveri non debet. *d. L. qui bona*, §. *qui damni*, *D. eod.* Recte. Est enim in ejus potestate efficere sine damno suo, ne damnum timeat, puta recedendo.

VI. Sed etsi quis sit ex superioribus illis, quæ juste damnum metuat, hactenus tamen verum est eum ad hanc stipulationem admitti, nisi sit justa caussa, cur postulanti stipulatio denegetur. Denegandi justæ caussæ duæ sunt. Aut enim qui petit, indignus habetur ea stipulatione, aut alia ratione illi damnum sarciri potest, ut non sit ei stipulatio necessaria. Indigni hac stipulatione habiti duo. Primum is, qui aut juxta monumentum ædificaverit, aut juxta ædificium suum monumentum fieri passus est, sed de damno infecto postea ejus monumenti nomine sibi caveri postulet. Negat Ulpianus ei cavendum, *quia rem*, inquit, *illicitam admiserit*, L. qui *bona*, §. *si quis juxta*, *D. eod.* Ille, quia lex duodecim tabularum vetabat novum sepulcrum exstrui juxta ædes alienas propius sexaginta pedes: Hic, quia hoc ipso e converso eadem lex vetabat monumentum fieri juxta ædificium alienum propius totidem pedes. Id quod si contra legem, erit et illud, si quis monumentum ita ædificari passus sit, cum posset prohibere. Potuit autem, qui propius monumentum ædificanti opus novum nuntiare potuit. *L.* 3. *D. de mor. inf.* Meminit hujus legis Cicero *Lib.* 2. *de legib.* Deinde et is indignus, quam ob rem et ei denegatur stipulatio, qui cum vitiosis ædibus cessisset, quia earum nomine de damno nollet cavere, postea a novo domino postulet earum ipsarum nomine sibi caveri propter alias proprias quas nunc haberet. Merito indignus, cum ut Julianus ait, parum probe postulet ab eo caveri sibi earum ædium nomine, quarum ipse cavere supersedit. Hoc in *d. L. qui bona*, §. *si quis quia*, *D. eod.* ductum ex illa æquitate naturæ, quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur. *L.* 1. *D. quod quis jur.*

VII. Sed etsi quis non sit indignus, cui damni infecti nomine prospectum sit: tamen hanc stipulationem frustra desiderat, cui damnum alia ratione sarciri potest. *L. si ædibus*, 32. in fin. *L. damni* 18. §. *emptor*, illic, *et quod alia*, *D. eod.* Est enim illi non necessaria: et iniquum est supervacua cautione adversarium onerari. *L. hæc stipulatio*, §. 1. *D. ut leg. nom. cau.* In hoc numero hi sunt: Inquilinus ædes locatas vitiosas inhabi-

5) Non autem bonæ fidei emptori, *L.* 13. §. 9. quia non a domino caussam habet, ut fructuarius, superficiarius et creditor, Goth. *ib.* et alia differentiæ ratio peti potest ex *L.* 44. *in fi. h. t.* Nec dicendum nude referri; in *d.* §. 9. Marcelli sententiam, quæ reprobetur in *d.* §. 11. ut vult. A. Fab. 2. *Conject.* 17. qui ideo verba *d. L.* 11. *id est creditori* interpretis esse scribit, quæ et a quibusdam codicibus abesse monet Hal. ref. Duar. *hoc tit. Cap.* 2. qui tamen Florentinam lectionem præfert.

bitans, si postulet a locatore sibi caveri damni infecti nomine: habet enim actionem ex conducto, ut sibi recte frui liceat; aut si migrare vult, ne prohibeatur. *L. qui bona*, §. *de illo*, *L. inquilino*, 33. *D. eod.* Item fructuarius, et dominus proprietatis, si alter ab altero postulet sibi caveri de vitio ædium fructuarium: ille, quia ipse reficiendi jus habet: hic, quia habet actionem ex stipulatione fructuaria, quia cogat eum reficere boni viri arbitratu. *d. L. damni*, 18. § 1. *D. eod.* Aliter si quod opus ipsi in solo fructuario instituant. *L.* [6] *inter fructuarium*, *D. eod.* Item superficiarius, et dominus soli, si de vitio loci alter ab altero stipuletur: quia si quid inde damni est, habent invicem eo nomine actiones. *d. L. damni*, 18. §. *ei qui*, *D. eod.* Item emptor ædium, si ante traditam sibi possessionem stipuletur damni infecti; habet enim actionem ex empto, qua id damnum consequatur a venditore suo, si is eam cautionem non exegerit, aut si exegerit, ut emptori actionem præstet. Hoc tamen ita, nisi venditor omne periculum custodiæ transtulerit in emptorem: puta, si aut ita convenerit, aut venditor absfuturus permiserit emptori precario esse in ædibus, et ita custodiam ei tradiderit. *L. emptor*, 38. in pr. *L. damni*, 18. §. *emptor*, *D. eod.* Item socius, si proprias ædes vicinas habens communibus ruinosis, postulet a socio sibi caveri pro damno propriarum ædium, pro qua parte ille dominus est. Potest enim socius qui hoc petit, reficere communes ædes, recepturus postea pro parte quod impenderit, judicio societatis aut communi dividundo. [7] *L. si ædibus*, 32. *D. eod.* Et hoc recte statuitur adversus eum socium, qui in re communi vitiosa nihil faciat. Qui si parietem communem demoliri volet et novum facere, aut parieti quid imponere, recte socius ab eo damni infecti stipulabitur, si is solus ædificat, et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora ædificia habet, ut plus damni sensurus sit decidente pariete: alioquin si æquale periculum est, neuter alteri tenetur, quia quantum quis socio præstat, tantum ab eo consequitur. *L. inter quos*, 39. in pr. Interposita autem cautione a socio eo nomine, varie damnum æstimatur, prout is paries aut idoneus fuit, ut demoliri oporteret, aut non fuit idoneus, ut demoliri non esset necesse. Unde quæstio in hunc titulum inducta de jure demoliendi et reficiendi parietis, quæ tractatur in *L. in parietis*, 35. et 2. *LL.* seqq. *L. ex damni*, 40. §. *L. in reficiendo*, seq. *D. eod.* Sed cum pertineat quæstio ad vim et exsecutionem stipulationis, in eum locum differemus.

VIII. Adversus quos competat hæc stipulatio, hi sunt. Si de ædibus, aut opere aliquo jam constituto agitur, ab omnibus recte petitur hæc cautio, quorum in bonis ea res est, de qua agitur, qui modo eam rem possideant teneant suo jure, ut si opus est, possint stipulanti possidere jusso ea re cedere, ut est pœna edicti, de qua suo ordine. In hoc numero, dominus rei, bonæ fidei possessor, superficiarius, fructuarius, creditor, qui rem sibi pignori obligatam tenet: qui omnes notantur ordine his locis. *L. qui bona*, 13. in pr. et §. 1. *L. hoc amplius*, 9. §. *pen.* §. *ul. L.* 10. *L.* 11. *L. eorum*, 19. in pr. *D. eod.* Si agitur de opere quod instituitur, quodve ab eo cum quo agitur factum est; recte exigitur hæc cautio ab omnibus, qui opus faciunt, sive in suo faciant, sive in alieno. In suo, ut domini facientes id, unde vicinus jure damnum metuat. In alieno, ut superficiarius, si quid in solo conducto; fructuarius, si quid in solo fructuario; civis, si quid in loco publico, vicinus cui debetur servitus, si quid faciat viæ, itineris, aut aquæductus reficiendi caussa. De quibus et his locis scriptum legimus. *L. qui bona*, 13. §. 1. *d. L. hoc amplius*, §. *pen.* §. *ult. L. inter fructuarium*, 20. *L. luminum*, 24. in pr. *L. damni*, 30. in pr. *D. eod.*

IX. Constitutam esse jure petitione cautionis damni infecti, et inter quos constituta sit, tenemus. Sequitur genus cautionis, quod hic petere et impetrare a vicino liceat. Quo loco quæritur, quæ sit, ac quid continere debeat ea stipulatio; tum qualem eam esse oporteat, utrumne hic sufficiat nuda repromissio: an vero hic etiam satisdatio sit necessaria. Et stipulatio promissionem, et cautionem habet de damno infecto. Quod statim admonemur semper omnem hanc stipulationem, a quibuscunque et quacunque de re interponatur, hoc continere, ut qui cavet promittat, si quid ex ea re de qua agitur, damni contigerit, id se præstaturum. Hac enim

6) Ille sibi ipsi præcavere potest reficiendo *L.* 7. *ult. L.* 64. *de Usuf.* huic alio remedio cautum, Cujac. 24. *Obs.* 11.

7) Ubi inutilis stipulatio, pro non necessaria. Non enim hic sensus est, quod etsi cautum sit a volenti, stipulatio nequeat committi, ut Accurs. *ad L.* 43. §. 1. *h. t.* Sed quod cavere non cogatur socius, eo quod cum alio remedio ac civili actione socio alteri consuli possit, frustra desideretur hoc subsidiarium remedium, recte A. Fab. 2. *Conject.* 9.

enim stipulatione cavetur stipulanti de damno infecto, seu damni infecti, ut subaudiatur nomine. Unde et stipulatio passim dicta cautio damni infecti *L. hoc amplius*, 9. §. *ult. L. qui bona*, 13. §. *qui damni*, §. *ult. L. si finita*, 15. in pr. et alibi toto *Tit. D. eod.* Est autem cavere, cum de stipulatione id dicitur, aliquem de eo quod sibi præstari vult, stipulatione securum facere. Quod ita fit, si nos id præstaturos stipulanti promittamus. Agitur porro hic de damno futuro quod postea inciderit, sarciendo. *L. prætor*, 7. §. 1. *D. eod.* Quare et de eo præstando hic promitti caverique intelligendum est. Sed hoc omnim stipulationum dandi commune est, sine quo nec damni, nec alterius cujusquam rei præstandæ sit cautio. Sunt alia quædam hujus cautionis propria, quæ adhiberi oporteat stipulationi: de quibus paucis cognoscendum est. Ea sunt genus damni certum, de quo cavetur; personæ quas stipulatione comprehendi oporteat; et dies adjectus promissioni.

X. Cautio est de damno, quod postea contigerit: sed non de omni damno, verum de eo si quod ædium, loci, operisve vitio factum sit. Tot enim de rebus cavendum est: sed de his dumtaxat: eaque hæc stipulatio continere dicitur. *L. si finita*, 15. §. 1. vers. *si quid vitio*, *L. fluminum*, 24. §. *ult.* §. 1. illic, *sed ut ne. D. eod.* Interdum tamen non de vitio loci, sed de operis tantum cavetur. *d. L. si finita*, §. 1. *D. eod.* Quod quoniam fieri constat, quando accidat, videamus. Et recte definiemus, si quis quid in suo facit, aut de suo convenitur, debere eum cavere de omni damno, quodcunque vitio ædium, loci, operisve contigerit. Si quis autem ædificat in alieno, quo nomine damni infecti cavere debeat, hunc de operis, non etiam de loci vitio cavere cogendum. Prius ita se habere necesse est, si modo sint aliqui, qui et de vitio loci cavere debeant. Cum enim hi sint domini loci: qui potius loci damnum agnoscant, quam domini? *arg. in L. pignus, C. de pignor. act.* Esse autem, qui et de vitio loci cavere debeant, ante ostendimus. Sint ergo hi, qui sunt loci domini. Et hoc est, quod dicitur in *L. fluminum*, §. 1. illic, *sed ut ne*, *D. eod.* ut ne quod ædium, loci, operisve vitio damnum factum erit, stipulationem interponi de eo sine satisdatione. Nempe quia interponitur ab eo, qui convenitur de suo et suo nomine: a quo non exigitur satisdatio ex edicto, ut mox dicetur. De posteriore dubitari potest: nihil enim prohibet, quominus dicamus dominos et de vitio loci cavere debere, ut tamen verum sit cavere debere idem et alios. Num ergo omnes qui ædificant in alieno, de vitio loci cavere non coguntur? Dicendum est omnes. Id enim servari reperiemus, sive quis in publico ædificet, sive in privato alieno. De eo quod ædificatur in fluminibus publicis, viis publicis, et litoribus, ita scribit Ulpianus in *d. L. fluminum*, in pr. *in his igitur publice licet cuilibet ædificare et destruere: dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat.* Propter quod operis dumtaxat nomine cum satisdatione cavetur; de vitio loci nihil cavetur. Et addit rationem, quia et sine ullo opere locus ipse nociturus esset sui natura. De his qui in privato alieno opus suo jure faciunt, exemplo sunt, superficiarius, si quid in solo conducto; fructuarius si quid in solo fructuario ædificet. *L. damni*, 18. §. *ei qui*, *L. inter fructuarium*, *D. eod.* Item et qui pro jure servitutis sibi in alieno constitutæ aliquid operis facit aquæ ducendæ, viæ, itineris, aquæ ductus reficiendi caussa. *L. damni*, 30. in pr. et fin. *D. eod.* Est autem conceptio superior conveniens ædibus, et operibus urbanis. In agro si quod damnum a vicino agro aut arboribus caducis metuitur, sic concipitur stipulatio, ut rebus conveniat, hoc modo si quid arborum locive vitio acciderit, ut est in *L. fluminum*, §. *item apud*, *D. eod.* Nam et in superioribus agris, quales esse solent in montibus et collibus, partes extremæ pondere aut humore nimio fatiscentes vitium ut in ædibus facere possunt, ac decidere in inferiora loca: et de arboribus constat ita tempestatibus convelli posse, ut vicinis ruinam minentur.

XI. De personis quarum nomen in hac stipulatione adjicitur, videndum est quid Ulpianus sentiat in *d. L. fluminum*, §. 1. eod. *Adjicitur*, inquit, *in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum, eorumque ad quos ea res pertinet. Successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.* Hoc ille. Finge eum qui stipulatur, ædes quibus damnum timet, aut eum qui promittit, ædes ruinosas quarum nomine cavit, vendere. Si verba superiora generaliter sequimur, dicendum est omnium istorum emptorem ut verbis superioribus, ita et hac stipulatione contineri. Quid ergo? intelligemus eum, qui stipulatur damni infecti, stipulari posse damni infecti nomine non solum sibi et heredibus suis, verum etiam iis omnibus ad quos eam rem ipse,

ipse, aut heredes transtulerint singularibus successoribus? item eum, qui promittit, non solum promittere se heredemve suum quod damnum factum erit, præstaturos, sed et singulares omnes successores extraneos, ad quos postea res ex justa aliqua caussa pervenerit? Quod Bartolus et reliqui interpretes hic admiserunt, magno certe errore, quo suscepto et se et alios inexplicabili difficultate irretierunt. Reclamant regulæ certi et explorati juris. Cavere sibi quisque et heredibus suis potest; alteri extraneo nec heredi stipulari non potest. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de verb. obl.* Sic et promissor se heredemve suum daturum facturumve recte promittit: alium daturum facturumve, inutiliter. *L. inter*, in pr. *D. de verb. obl.* §. *versa vice*, *Inst. de inut. stip.* Et res ita habet. Hoc neque de singularibus successoribus stipulatoris, quibus ille stipuletur dari, neque de successoribus singularibus promissoris, quos ille promittat daturos, præstituros, intelligi ullo modo potest, repugnantibus manifestis regulis juris: sed intelligendum est de singularibus successoribus promissoris, de quorum facto caveat, et quo nomine se heredemve suum obliget. Ut sit hæc conceptio stipulationis: si quid damni contigerit vitio ædium, loci, operisve, quod a te aut heredibus tuis, aliisve successoribus quibuscumque factum erit, damnum præstare spondes? spondeo. Hujus adjectionis vis hæc est, ut teneatur promissor heredisve ejus damni futuri nomine, non tantum si ipse fecerit, sed etsi successores omnes etiam qui in rei dominium successerint. Nam ut teneantur eo nomine privati emptores extranei, neque superioribus verbis efficitur, nec si verba obligationis in eos essent collata, jure effici potest. Id ita accipiendum intelligimus ex *ead. L. fluminum*, §. *quamquam*, *D. eod.* ubi Ulpianus ex proposita stipulatione, in qua prius dixerat mentionem successorum fieri, ait promissorem non teneri, si quid factum sit ab eo, quem prohibere promissor non potuit. Proinde si quid factum sit ab eo quem prohibere potuit, hoc sentit eum contineri stipulatione ita, ut promissor ejus quoque nomine teneatur. Potuit autem is prohibere successores suos ne facerent, in eos non transferendo rem de qua damni infecti cautum est. Quare merito dicit Ulpianus et hos stipulationi recte adjici, non quos obliget, sed quorum ex facto velit obligari.

XII. Habet præterea stipulatio damni infecti diem: ut insit in ea et conditio natura stipulationis, et dies prætore ita jus constituente. Conditio illa certa est, si damnum contigerit. Dies hic est, si damnum contigerit intra eum diem, qui stipulatione comprehensus erit: expressum edicto: explicatur in *L. qui bona*, §. *ult.* et *LL.* 2. *seqq. D. eod.* Ac de eo ita placuit. Hic dies si adjicitur conventione contrahentium, bene est: conventio servanda est ex edicto de pactis. Nam etsi concepta esset stipulatio sine ullo die, ut placeret teneri promissorem, quandocunque damnum incideret; tamen placet conventionem esse servandam. *L. si finita*, in pr. *eod.* Sin inter litigatores de die non convenit, hanc diem statuit prætor, ut edicto cavet. Et eum quidem certum statuit de eo opere, quod in flumine publico ripave ejus fit: jubet enim de hujusmodi operibus quæ fiunt publice, satisdari in annos decem. *L. prætor*, in pr. *L. si finita*, §. 1. *D. eod.* In cæteris rebus hunc diem cognitioni suæ servavit, ut eum statueret pro rei qualitate alias longiorem, alias breviorem, idque caussa cognita, prout scilicet res quæque postularet. Hoc prætor in edicto, *d. L. prætor.*

XIII. Id autem quomodo æstimandum sit, seu quid in ea caussæ cognitione versetur, de eo scriptum est in *d. L. qui bona*, §. ult. *ipse igitur prætor*, inquit Ulpianus, *diem dabit stipulationi, æstimatione habita ex caussa, et ex qualitate ejus damni, quod contingere speratur.* Adjicitur ex Paulo in *L. in caussæ*, seq. *in caussæ cognitione etiam longinquitas loci, et operis magnitudo spectanda est.* Quibus verbis quid significetur, quæsitum est, et sane parum perceptum non dico ab Accursio, sed et a Bartolo, et aliis interpretibus. Est autem hæc sententia. Caussam Ulpianus vocat caussam periculi: rem omnem quæ facit, ut citius ædes ruant, aut tardius. In quo genere sunt fissuræ, et rimæ parietum vitium facientium, item ventres qui in parietibus fatiscentibus protuberant, item vetustas operis, et forte ædes quæ male materiatæ sunt, aut male exstructæ. Ad hanc quoque caussam periculi pertinet illa, quam dixi, *longinquitas soli, et magnitudo operis.* Id autem in his omnibus sic facile intelligi potest. Majus enim periculum ruinæ est in majore vitio ædium, quam in minore: majus a vetustis ruinosis ædibus, quam a novis, aut non ita vetustis. Majus a vicinis, quam a remotioribus, in quibus incertum est, an extremum ruinæ ad nos perventurum sit. Majus a magnis, quam a parvis. Ut enim paries vitium faciat; tamen in pari vitio facilius feret modica onera imposita, quam magna. Qualitas autem damni æstimatur

tur ex iis ædibus aut locis, quibus damnum timetur. Majus enim damnum est, si sint pretiosæ ædes quam si non sint: majus damnum, si sint ædes infirmæ, quam si sint robustæ, et quæ possint resistere ruinæ. Quid ergo ex harum rerum æstimatione prætor de die statuet? Nempe in quibus majus periculum est ruinæ ex superioribus caussis, item in quibus majus damnum futurum, in his longiorem diem statuet, quo magis possit esse consultum vicino; in cæteris breviorem, uti res quæque et locus postulare videbitur. Huc enim pertinet, quod Ulpianus scribit in *L.* 1. §. *sed etsi quis*, *D. de Carb. edi.* magis consulendum esse his, quibus majus periculum intenditur. Nec moleste ferre debet is, qui cautionem petet, si putet breviorem diem sibi constitutum, quam út possit damnum intra eum diem incidere. Nam etsi finita sit dies statuta in cautione; si videbitur adhuc periculum imminere, licet iterum a magistratu petere, ut denuo longiore die caveatur. Quod et ille statuet. *L. si finita*, in pr. *D. eod.* Et ut est in *L.* 4. in pr. *eod.* dies cautioni præstitutus si finietur, prætoris vel præsidis officium erit, ex caussa vel renovare, vel protelare eum: et si hoc localem exigit inquisitionem ad magistratus municipales hoc remittere. Die omisso si stipulatio fuerit interposita; si quidem ex conventione, dum id ageretur, ut promissor perpetuo de damno teneretur, jam dixi conventionem servandam, ut quandoque commissa fuerit stipulatio damno incidente, ex stipulatu agatur. Si vero per errorem, ita tenebitur perpetuo promissor secundum verba stipulationis, ut tamen finito eo die, in quem caveri solet, desiderare possit a prætore ut liberetur. Et vero liberabitur, nisi periculum postulet potius, ut longiore die iterum caveatur. Hoc in *d. L. si finita*, in pr. *D. eod.*

XIV. Jam qualem hanc cautionem esse oporteat, videamus. Et edicto ita cautum est, ut interdum sola repromissio sufficiat; interdum etiam desiderentur fidejussores ab eo, qui cavet, efficiaturque ea quam edictum vocat, satisdatio. Id enim est satisdare, ut sæpe diximus, cavere quid, fidejussoribus datis qui idem promittant. *L.* 1. *D. qui sat. cog.* De eo autem sic edicti verba sunt: *damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo.* Quæ verba non ad actorem, sed ad promissorem referri apparet. Itaque est hic sensus, si quis conveniatur suo nomine, ut et suo nomine caveat, eum tantum promittere necesse habere: sin conveniatur alieno, debere satisdare. Quis ergo suo nomine conveniri ac promittere intelligitur, ut tantum promittat; quis alieno, ut satisdet? Et suo nomine conveniri ac promittere intelligendus est, qui de damno rei suæ convenitur, aut de damno ejus operis, quod fecit rei suæ nomine. In hoc numero sunt tres, ac proinde totidem, qui solum debeant repromittere damni infecti: dominus ædium ruinosarum, aut soli in quo ædificat; huic proximus, qui bona fide possidet, qui tantisper pro domino habetur, donec compertum sit eum dominum non esse. *L. qui bona*, in pr. §. 1. *D. eod.* item is, qui servitutem in alieno habens, puta viam aut aquæductum, aliquid facit viæ reficiendæ aut aquæducendæ caussa. Quia enim in servitute sua facit, in re sua facere existimatur. *L. damni*, 30. in pr. *d. L. qui bona*, §. 1. *D. eod.* Contra omnes alieno nomine hic conveniri et promittere putantur, qui alienarum ædium nomine, aut ejus operis quod in alieno, non jure servitutis suæ faciant, conveniuntur, quantumcunque juris in ædibus aut aliena re habeant. Quo in numero sunt superficiarius de damno superficiei alieno solo impositæ conventus; fructuarius conventus de ædibus fructuariis, aut eo opere, quod facit in solo fructuario; item omnes qui in publico loco ædificant. Nam et hic locus ædificantibus alienus est. Inde et hos, cum damni infecti cavent, etiam satisdare debere legimus. De superficiario est in *L. hoc amplius*, 9. §. *pen.* de fructuario in *ead. L.* §. *ult.* et *L. seq. L. inter fructuarium*, *D. eod.* de iis qui in publico ædificant in *L. fluminum*, in pr. *D. eod.*

XV. Quid si is a quo postulatur cautio, se dominum loci dicat, ut solum repromittat, negetur autem ab actore esse dominus, ut satisdet? Et de eo ita sunt verba edicti, ut in hac controversia edicat prætor se eum qui cavebit, sub exceptione satisdare jussurum. *L. prætor*, *L. qui vias*, 31. *D. eod.* Est autem hæc sententia: in hac controversia is qui cavebit, de se quidem *simpliciter* promittet ita, ut supra stipulationem concepimus: idem et in fidejussores adhibebit, qui idem promittant, sed promittant sub hac exceptione, si reus cujus nomine spoponderint, dominus rei non sit. Sic enim concipitur exceptio in *L. si proprietarius*, 22. in fin. *D. eod.* Cujus conditionis hæc vis erit, ut si id non constiterit, fideijussores teneantur: sin reus probaverit se dominum, aut probaverint fidejussores, non intelligantur hi esse obligati: ac proinde subducta eorum persona nuda repromissio domini relinquatur. Quid si duo sint,

sint, a quibus damni infecti cautio postuletur, quorum unum neget actor dominum esse, ut sub exceptione superiore satisdet: alterum dominum esse dicat, et velit ab eo sibi tantum repromitti? Verba edicti pati videntur, ut id fiat. Sed placuit actorem non debere impetrare, verum eligere debere, a quo velit sibi caveri. [8] *d. L. si proprietarius*, in fin. *D. eod.* Puto, ne pro eadem re duos habeat obligatos, quod est iniquum: vel verius, quia cum dominum rei repererit, quem talem agnoscat, non debeat onus cautionis ad alium transferre. *L. inter quos*, 39. §. 1. *D. eod.*

XVI. Constituta petitione cautionis damni infecti, et cognito genere cautionis, quod peti possit; sequitur, ut prætor ita postulanti, uti jus est, etiam isto modo caveri jubeat: quod et se jussorum pollicetur. Quod si non cavebitur, non hic fit, quod in aliis actionibus et judiciis, ut sequatur condemnatio pecuniaria in id quod actoris interest: neque enim potest, cum in damno nondum facto nihildum possit ejus interesse: sed sequitur pœna vice condemnationis, pœna edicto constituta, quæ ad cautionem exprimendam, et simul actori consulendum cum moderatione visa est convenientissima: ut sit et in ea remedium propositum actori ad cautionem damni impetrandam: Ea pœna est triplex, ut ex edicto licet animadvertere, missio in possessionem ejus rei de qua agitur; justa ejus rei possessio; et actio in damni futuri æstimationem. Pœnæ ita constitutæ, non quæ simul concurrant, aut ex quibus actor unam possit eligere, quam velit; sed quæ certo ordine positæ aliæ aliis justo ordine succedant, ut si prima non sufficit, sequatur secunda; si nec secunda, tum perveniatur ad tertiam. Prima ergo pœna est, et idem primus aditus, et primum remedium ad cautionem, ut is cui non cavetur, mittatur in possessionem, et ut sunt verba edicti, jubeatur ire in possessionem ejus rei cujus nomine, ut caveatur postulabitur. *L. prætor*, *L. si finita*, §. *ex hoc edicto*, *D. eod.* In quo hæc amplius cognoscenda sunt, Quis mittatur, Adversus quem, in cujus rei possessionem, Missus quid hac missione consequatur.

XVII. Quis ergo mittitur? Omnes scilicet, quibus non cavetur, quibus modo cavendum sit ex edicto. Hi qui sint, diximus. Quid si sint plures, qui damni infecti sibi caveri postulent, puta plures vicini, aut plures ædium communium domini? Mittuntur omnes in possessionem, idque citra controversiam si simul postulent. *L. si finita*, §. *si plures*, *D. eod.* Quid si separatim, ut uno misso alii exsistant, qui quia sibi non cavetur, idem postulent? Et edicto expressum est in extremo, si is qui in possessione jam erat, paratus sit damni infecti nomine satisdare posterioribus, posteriores non admitti ad possessionem: sin illis non satisdabitur, etiam hos simul in possessionem mitti, ut dicendum sit, quibuscumque non cavetur ex edicto, omnes mitti in possessionem, sive simul postulent, sive separatim, neque hic priores missos et jam in possessione versantes obstare posterioribus, quod definitum est in *d. L. si finita*, §. *si plures*, idem in *L. ex damni*, §. *ult. D. eod.* Mittuntur autem plures in possessionem æqualiter, non pro rata damni, quod unumquemque contingit. *d. L. si finita*, §. *cum autem*, *d. L. ex damni*, §. *ult. eod.* Adversus quos missio est? Et cum ex edicto missio fiat in possessionem ejus rei, cujus nomine cautio postulatur; apparet fieri adversus eos, e quibus propter rem cautionem superiorem exigi diximus. Est enim hæc denegatæ cautionis pœna. Id autem adeo verum est, ut quanvis agatur de ædibus ruinosis pupilli, et pupillus tutorem non habeat, quo auctore damni infecti promittat; tamen missio locum habeat, quasi pupillus non defendatur. *d. L. si finita*, §. *si pupillus*, *D. eod.* In cujus rei possessionem mittitur is, cui non cavetur? utrum in possessionem tantum partis ruinosæ, an vero in totas ædes, si quidem de ædibus agitur? Placet mitti in totas ædes. *L. si finita*, §. *ex hoc edicto*, *L. ex damni*, 40. *D. eod.* Optima ratione quæ ex sententia Sabini redditur in *d. L. si finita*, §. *ex hoc edicto.* Fuit et Pauli alia ratio non paulo certior: quæ indicatur in *L. emptor*, 38. §. 1. *D. eod.* quam ideo operæ pretium est hic cognoscere. Ea autem est, ut ideo debeat missio fieri in totas ædes, non in partem tantum vitiosam, quia una parte vitiosa eveniat, ut et reliquæ vitiosæ intelligantur: propterea quod inquit Paulus, *in ædificiis partes quoque reliquæ a vitiosa parte trahantur.* Qua ratione si pars vitiosa domus ita erit separata ab aliis partibus, ut aliæ eamdem ruinam non metuant, ut accidere solet in spatiosis domibus, placuit solum missionem fieri in partem vitiosam: idque ex edicto, quo promit-

8) Ita quoque, Duar. *h. t. C.* 3. Inconcinne vero P. Greg. 4. *Synt.* 26. *n.* 4. exceptionem eam esse, ut eligat actor, an sibi velit caveri tanquam a domino, an tanquam a non domino.

mittitur missio in possessionem ejus rei tantum, cujus nomine postulatur cautio: ac vitiosæ tantum nomine postulatur. *d. L. si finita*, §. *ex hoc*, *d. L. emptor*, §. 1. *D. eod.* Hac ipsa ratione recte eidem Paulo visum est, si agri nomine non caveatur: in eam partem agri tantum mittendum esse, quæ vitiosa sit, et ex qua periculum metuatur, quia, inquit, in agris non idem accidat: quod in ædibus, ut pars vitiosa agri alias partes secum trahat. *d. L. emptor*, §. 1. Quid autem missus consequitur hac missione? ut ei in possessionem venire liceat quod prius quam fecerit, nullam ne detentionem, quidem, aut adeo jus nullum nanciscitur. *L. si finita*, §. *pen. D. eod. L. non mirum, D. de pignor. act.* Postquam venerit, consequitur quidem detentionem rei, non illam tamen, quæ veram possessionem habeat, quæ valeat ad dominium adquirendum, aut rem usucapiendam: sed quæ tribuat misso dumtaxat custodiam et observationem ejus rei, in cujus possessionem missus est, ut accidit in omnibus caussis, ex quibus mittitur quis in possessionem. *L. cum legatorum, D. quib. ex caus. in pos. eat. L.* 5. in pr. *D. ut in pos. leg. seu fidei esse lic. L.* 3. §. *ult. D. de acq. pos.* Usque adeo, ut hanc detentionem et custodiam is qui missus est, non consequatur solus; sed eam obtineat una cum domino et vetere possessore, qui non propterea possessione decedere cogitur. *L. si finita*, §. *si quis autem*, *eod. d. L.* 5. *D. ut in poss. leg. es. lic.* Quorsum igitur hæc missio, ex qua missus nihil juris consequitur? Finis hic est conveniens rei propositæ, ut scilicet qui missus est, saltem tædio perpetuæ custodiæ [9] extorqueat vicino cautionem, ut est in *d. L.* 5. in pr. *Ut in pos. leg.* Sed et hanc detentionem non perpetuam obtinet is qui missus est. Eam amittit alias volens, alias invitus. Volens, si nullo metu ruinæ decesserit possessione ædium; qui si excesserit metu ruinæ non hoc animo, ut ædificia derelinqueret, semper restituetur. *d. L. si finita*, §. *ult.* Invitus amittit, quotiescunque dominus ædium, aut alius quem cavere oportuit, ei cautionem personæ suæ convenientem offert: tum enim missus possessione decedere jubetur; dummodo ei caveatur de omni damno, quod contigit posteaquam in possessionem missus est: item de impensis, si quas in eam rem fecerit. *d. L. si finita* §. *item videamus*, §. *illud*, §. *si jam ruerunt*, *L. eorum* in pr. *D. eod.* Illud monendi sumus, si is qui in possessionem missus est, minus commodi consequitur ex ea detentione, ita vicissim hoc illi tribui, ne ea detentio illum oneret. Unde placuit ita eum in possessione esse posse, ut reficere et fulcire insulam possit, si velit: si nolit, non cogatur, eamque culpam præstare non debeat. *L. si finita*, §. *si quis damni*, *D. eod.*

XVIII. Si missione in possessionem nihil proficitur ad exprimendam vicino cautionem, augetur pœna recusantis, et eum cui non cavetur, jubet prætor possidere: cum tamen justa caussa esse videbitur, ut sunt edicti verba. *d. L. prætor*, *D. eod.* Justa caussa est, propter quam ad id decretum perveniatur, cum tantum intervallum temporis intercesserit post missionem, *quo*, inquit Ulpianus, *aut pro derelicto ædes longo silentio dominus videatur habuisse, aut misso in possessionem, et aliquandiu immorato nemo caveat.* L. si finita, §. *non autem, D. eod.* Prius accidit, cum dominus diu abfuit. Neque enim qui in his assidue versetur, dici potest eas pro derelicto habere. Est autem longum silentium, ut minimum decem annorum. *L.* 1. et *L.* 2. in fin. *C. si advers. cred. præs. opp.* Ita in hac absentia longum tempus exigi videtur, priusquam ad hoc edictum veniatur. Posterius de præsente domino dictum est, qui moretur in iisdem ædibus, et tamen missione contempta, cum missus aliquandiu immoratus fuerit, nemo caveat. Ubi non similiter ut supra, longum silentium et longum tempus Ulpianus exigit, sed sat habet misso aliquandiu immorato caveri: nempe propter contemptum, et velut contumaciam, quæ in præsente non cavente arguitur. Cum autem dicat aliquandiu, neque certum tempus designet, non abs re est existimari cum vulgo, esse [10] in jus dicentis potestate, æstimare quantum id tempus esse oporteat ad contemptum non caventis coercendum. Etsi autem in utroque post tempus supra scriptum eum cui non cavetur, jubendum possidere: tamen ita temperandum esse *ibidem* Ulpianus indicat, id est in *d. L. si finita*, §. *si forte*: ut si forte dominus Reipublicæ caussa absit, aut ex alia justa caussa, aut in ea sit ætate, cui subve-

9) Veram autem possessionem non tribuit, nec vicinum possessione expellit, sed in possessione est missus, ac custos potius quam possessor. Cujac. 9. *ad Afr. in L.* 44. quia tempus hoc LL. non definitum, Duar. *h. t. C.* 6. ne statim ex contumacia quis jure suæ possessionis, cujus commoda haud exigua, privetur, vid. Menoch. *Retin. Poss. Remed.* 3. *n.* 172. *et seqq.* Coler. *de Process. exseq. P.* 1. *C.* 2. *n.* 42.

10) Quæ tutior sententia probata post septem diversas opiniones relatas a Menoch. 2. *Arb. Casu* 6. *n.* 13. Facit *Nov.* 53. C. 4. §. 1. ubi judex dat inducias certas, etc.

veniri solet, probandum sit non debere prætorem festinare ad decernendum, ut jubeat possidere: sed exspectare, dum absens redeat, aut minor major fiat: præsertim cum etsi decreverit, et summo jure valeat decretum, tamen in integrum restitutionem sit indulturus. Sed et cum satis temporis præteriit, post quod prætor jubeat possidere, et nulla talis absentia fuit, qualem diximus: tamen hac conditione pollicetur prætor se possidere jussurum, dum ei qui aberit, prius domum denuntiari jubeat. Extat hoc fragmentum in *L.* 4. §. *prætor*, *D. eod.* et hic edicto inserendi locus est. Quam autem sententiam habeat, ibidem explicatur.

XIX. Hæc cum præcesserint, jubet prætor eum cui non cavetur, rem cujus nomine cautio postulatur, possidere. Hoc sic acceptum est a veteribus, ut qui jussus est possidere, hoc ipso constituatur dominus ejus rei, quam ex hac caussa possidere jussus est. *L. si finita*, §. *Julianus*, §. *si ante*, §. *illud*, illic, *posteaquam autem*, *D. eod L.* 1. *D. de fund. dot.* Et recte veteres ita sunt edictum interpretati: non quod possidere et dominum esse idem sint, cum plurimum distet possessio a proprietate. *L. naturaliter*, §. 1. *D. de adq. poss. L.* 1. §. 1. *D. uti poss.* Sed quia ita est conditio justæ possessionis qua quis rem animo dominantis tenet, ut si ex justis caussis quæsita sit, translata ab eo qui dominus rei fuit, continuo sequatur dominium. *L. traditio*, in fin. *D. de adq. rer. dom.* Unde et dicuntur dominia jure gentium a naturali possessione cæpisse. *L.* 1. in pr. *D. de adq. poss.* Sed non statim dixerit aliquis, dominus efficitur, qui ita possidere jussus est: verum tunc solum, cum eam possessionem adeptus, postea per longum tempus rem possederit, ut sic deinde per longum tempus et per longam possessionem dominium capiat, atque ita intelligatur hac possessione concessa non dominium translatum in possessorem, sed solum usucapiendi conditionem. Immo statim dominum fieri, qui ex hac parte possidere jussus est traditum in *d. L. si finita*, §. *si ante*, *D. hoc tit.* apertius [11] in *d. L.* 1. *D. de fund. dot.* Atqui posterius de dominio per longam possessionem ex hac parte capiendo traditum est diserte his locis. *L.* 5. *his qui*, 12. *L. si finita*, §. *Julianus*, §. *si de vectigalibus*, *D. eod. L.* 3. §. *ult. D. de acq. poss.* Num ergo hæc contraria? Essent omnino, si diceremus eum qui possidere jubetur, eodem tempore et dominum fieri, et non nisi per longum tempus sequens dominium capere. Quod enim cujusquam fit, id usucapi non debet. *L.* 4. §. *lana*, *D. de usur.* et *usuc.* Atque adeo nec potest: cum usucapione dominium adquiratur: quod autem nostrum est, amplius nostrum fieri non possit. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Sed non dicuntur hæc de eodem tempore, neque iisdem conditionibus. Primum non absurde dici potest, eum qui possidere hic jussus est, sic dominum statim constitui, ut simul per longum tempus dominium capiat. Non tamen per longum tempus quod postea sequatur, sed quod decretum istud de possidendo præcesserit, ut hoc tempus et longum silentium interdum præcedere diximus. Et quidem id ita accipi debere hinc col-

11) Rectissime. Consentiunt Cont. 1. *Disp.* 8. Henr. a Suerin. *Rep. Lect.* C. 7. (pulchre firmans et contrariam opinionem falsi vocans) P. Greg. 4. *Synt.* 26. *n.* 5. Gifan. *ad L.* 10. *de acq. poss. n.* 19. Jo. Monach. *in C. quoniam frequenter ult. Ut li. non contest. n.* 15. Jo. Tavard. *de Interd. hoc tit. n.* 19. Ac præter LL. hic adductas probant eam apertissime *L.* 5. *et L.* 7. §. 9. *Com. div.* itemque *L.* 3. §. 1. *in fi. de reb. eorum qui sub tut. L.* 2. *in fin. si ex nox. caussa ag.* Proque ea bellum argumentum duci posse videtur ex *L.* 15. §. 21. *h. t.* ubi censetur cavere renuens ex diuturna contumacia, sua voluntate, possessione cessisse ac pro derelicto eam habuisse. Diss. Bavo *in Manual. ad tit. de bon. poss.* Cujac. 21. *Obs.* 36. *et* 9. *ad Afric. in L.* 44. *h. t.* Vaud. 1. *Q.* 37. Scribit Cujacius, possessorem quidem fieri ex tertio decreto (ita ille vocat male, quod secundum dicere debuit, vid. *N.* 13.) non autem dominum, sed occasionem præstari acquirendi per usucapionem dominii: non autem caussam vel jus usucapionis transferri. Differre enim, ait, occasionem usucapionis, quæ præstari potest a magistratu vel privato, a jure usucapionis, quod a LL. atque inde possidere cum jure dominii *d. L.* 15. 33. dominum non esse. Atque sic in *d. L.* 1. *de fund. dot.* exponit: dominus fit, id est possessor, jure dominii, et *alienationem*, ait, ibi vocari quæ possessionis est non proprietatis *dd. locis.* Verum hoc non est interpretari, sed vim verbis, et sententiæ apertam facere. Ac immo, inquam, si jure dominii possidet dominus est. Nam licet interpreteris, *jure* id est animo et affectu dominii, quem et bonæ fidei possessor plerumque habet, huic tamen loco non convenit, ubi si non dominus efficeretur possidere jussus, nec crederet se dominum, aut si crederet in jure erraret. Facti hic ignorantia probabilis nulla: juris, etsi adesset, pro nulla ad id ut prosit ita erranti. Nec probanda illa caussæ et occasionis distinctio. Sic enim nec privatus tradendo vere diceretur transferre caussam usucapionis. Atqui transfert. Objic. Dominum facere, est legis, non jurisdictionis. Resp. At regero: Nonne privati traditio facit dominum. Hoc est legis solius, nec perinde jurisdictionis prætoriæ, vel actus alicujus privati, dominium ipso jure, sine ullo facto interveniente, transferre. Non igitur Prætor decernendo faciet dominum, nec eo modo quo Lex sine traditione, sed introducendo in possessionem, atque ita non directe, sed per consequentiam possessionis juste tributæ, aliique juste ablatæ. Confer. *supra Lib.* 7. C. 14. *N.* 4. Vitiosa vero illa collectio et ἀσυλλόγιςⲟ. Heres est dominus: Prætor heredem facere nequit. Ergo nec dominum, vid. et Rob. 3. *not. ad Merc.* 9. Diss. aliter A. Fab. 7. *Conject.* 4. et. 56. *Err. Prag.* 4. putans ex missione secundi decreti acquiri dominium bonitarium, ut ad confirmationem pleni dominii, adeoque Quiritarii adeptionem usucapione adhuc egeat. Quod licet placeat P. Gilkenio *de Præscript. P.* 2. *Membro* 2. *Cap* 5. *n.* 26. ex ipsiusmet tamen Fabri traditis facile convelli potest. Scribit enim, de domino Quirtario accipi debere LL. omnes, quæ de dominio simpliciter et indefinite loquuntur. De bonitario autem quibus res in bonis esse dicitur. Quorsum autem quæso, cui bono requiretur usucapio ad id, ut plenum dominium possessor hic nanciscatur. Anne intermedio tempore, ante expletam usucapionem aliquis possessor hic rem judicio evincere poterit. Quis vero is et quo jure? Ipsene dominus prior, an is in quem alienaverit, aut contulerit. Neuter sane. Quinam igitur, quæso dic, erit effectus dominii apud eum, cujus ædes ex secundo decreto possidentur relicti. Nullum ostendere, quin nec fingere forte poteris. Nudam itaque hic et meram subtilis juris rationem sectaris, quam effectus omnis deficit. Denique utut largiter distinctionem hanc fuisse in proposito casu Prudentum nostrorum ætate, aliter tamen ex mente Justiniani dd. LL. exponendæ forent. Cum nec Faber ipse diffiteatur hodie saltem post *L. un. C. de nudo Jur. Quir. toll.* plenum hoc modo dominium adipisci immissum, nulla amplius usucapione necessaria 56. *Er. Prag.* 6.

colligas, quod alioqui male diceretur quis ex secundo decreto dominus constitui, et simul per longum tempus dominium capere, si longum tempus quod desideretur postea, non quod præcesserit, intelligamus. Et tamen superius illud ita scriptum est in *L. si finita*, §. *Julianus.* Sed et hoc ipsum longum tempus, quod præcedat, in hac re non obscure designari videtur in *L.* 3. §. *ult. de adq. poss.* sic enim Paulus in extremo: *et ideo*, inquit, *cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat* (observa longum tempus hic dici quod præcedit decretum de re possidenda) *etiam possidere nobis et per longam possessionem* (intellige illam quæ præcessit) *capere prætor caussa cognita permittit.* Quod si cui hoc satis non placet, quia de longo tempore nihil aperte superioribus locis exprimitur, et quia paulo ante Paulus longam possessionem nominat, quod verbum nisi abusive de ea detentione quæ decretum secundum prætoris præcessit, accipi non potest, eodem auctore in *d. L.* 3. §. *ult.* est, quod tuto et audenter dicere liceat, utrumque horum vere dici, eum qui ex hac parte jubetur possidere, et dominum constitui a prætore, et eamdem nancisci per longum tempus capiendi conditionem: sed dici hæc diversis conditionibus. Constituitur dominus semper voto prætoris: sed jure hac conditione, si dominus fuit is qui non cavet, et a quo possessio transfertur, quasi re ab eo accepta. Non constituitur statim dominus contraria conditione, si is unde transfertur dominus non fuit. Nam cum jus ejus transferatur in eum qui jubetur possidere, nec possit transferri amplius. *L. si finita*, §. *si de vectigalibus* absurdum sit dici possessorem hoc casu dominum fieri, cum non fuerit is, a quo res accipitur per prætorem. Hoc quidem et jus et natura prohibent. *L. nemo plus juris*, *D. de reg. jur.* Ita restat, ut si huic dominium quæsitum volumus, id [12] capiat usu et longa possessione sequente, ut fit in omnibus rebus quæ justis ex caussis et bona fide a non domino acceptæ usucapiuntur. *Inst. de usucap.* Nec abs re hoc ita dictum est in hac specie. Constat enim non semper dominos esse, a quibus postulatur; ut damni infecti caveant. Etenim postulatur recte, ut supra diximus, adversus creditorem, fructuarium, superficiarium. *L. eorum*, *D. eod.* a quibus re translata nemo dicet dominium transferri in accipientem, cum dominium non fuerit penes eos, a quibus res transfertur. At enim quibus in locis dicitur prætorem ex hac parte permittere rem capere per longum tempus, longamve possessionem, simpliciter dicitur, nec adjicitur qui sint ii, cum quibus agitur. Sane nihil adjicitur nominatim; sed ipsum usucapiendi verbum satis declarat dici hoc quo casu res accipitur ab eo qui dominus non sit. In eas, enim res solas, quæ a non domino accipiuntur, cadit usucapio. *Inst. de usuc.* in pr. Tantum autem abest, quibus in locis traditur eum qui possidere jussus est, dominium per longum tempus seu per longam possessionem capere, etiamsi nihil adjiciatur aliud, ut ex iis colligatur eum non statim constitui dominum, si dominus fuit is cum quo agebatur; ut maxime his locis hoc ipsum confirmetur; ne forte illi loci nos dimoveant a superiore distinctione. Id autem ratione juris certa sic efficitur. Quibus ex caussis transfertur usucapiendi conditio; si is dominus non est, a quo res transfertur; ex iisdem caussis statim transfertur dominium, si a quo res transfertur, dominus fuit. *L. clavibus, D. de contr. empt.* Volumus superioribus locis hoc dici, in eum, qui ex hac parte possidere jussus est: transferri usucapiendi conditionem etiam tunc cum dominus non fuit is a quo res transfertur. Sciamus igitur hoc ipso effici, si is unde transfertur possessio, dominus fuit, exinde dominium transferri, neque hoc casu desiderari usucapionem.

XX. Utcumque autem se habebit hæc possessio vel ad dominium transferendum, vel ad transferendam usucapiendi conditionem, vis hæc est hujus translationis, ut in eum qui possidere ex hac parte jussus est, semper transferantur ea, quæ sunt propria veræ et justæ possessionis recte quæsitæ. Ea sunt duo, quæ et in hac possessione agnovisse veteres sub hoc titulo videmus. Primum, ut qui possidere jussus est, solus possideat. Sic enim est vera possessio, ut duo in solidum possidere non possint. *L.* 3. §. *ex contrario*, *D. de adq. poss.* Ex quo illud in *L. si finita*, §. *si forte*, *D. eod.* ubi quis possidere jussus est, dominum dejiciendum esse de possessione. Alterum est, ut sic efficiatur possessio propria ejus, qui possidere jussus est, ut eam invitus non cogatur amittere. Proprium enim hoc rerum nostrarum, ut quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transire non possit. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. jur.* Atque hinc illud est, quod placuit, postea quam quis possidere domi-

12) Vera et expedita hæc posterior solutio, quæ et Accursii *ad L.* 5. *h. t.* Prior autem responsio nostri firma ac solida non videtur.

minii jure jussus est, locum non esse cautionis oblationi. *d. L. si finita*, §. *illud*, in fin. *D. eod.* Idest, ita possessionem effici ejus propriam, quantumvis prior dominus paratus sit illi cavere damni infecti, nihilo tamen magis cogatur is re cedere, cujus vel jam nunc dominium nactus est, vel saltem usucapiendi conditionem. Quorum utrumque diversum esse diximus in eo qui ex superiore parte in possessionem tantum missus est. *d. L. si finita*, §. *si quis autem*, §. *item videamus*, *D. eod.* Merito: quoniam missio in possessionem nihil juris transtulit in accipientem, quamobrem debeat prior dominus vetere jure suo excidere. Possessio data transtulit, quod fieret proprium accipientis, et perpetuum. Denique scimus longe aliud esse in possessione esse, et possidere, §. *possidere*, *Inst. de interd.*

XXI. Sed ut hæc consequitur possessionis jure, qui possidere jussus est: ita teneamus nihil eum amplius consequi, quam, quod consequeretur quivis translata ex aliis caussis possessione. Nemo ex aliis caussis quanvis justissimis re tradita aliter naciscitur dominium, quam si dominus sit is, a quo accipit: si non sit dominus, consequitur tantum usucapiendi conditionem. Idem fieri et in hac translatione ante diximus. Sed etsi quis dominus, aut qui pro domino habeatur, ut superficiarius, emphyteuticarius, rem aliquam sui juris in alium transferat, placet nihil amplius efficere traditionem, quam ut res sit eodem jure apud eum qui accipit. *L. traditio*, *D. de adq. rer. dom.* Eadem conditione et possessio seu dominium ex hac caussa transfertur. Itaque si agatur adversus eum qui habeat vectigales ædes, id est, aut superficiarias, aut in agro vectigali et emphyteuticario positas, postuleturque ut de his caveat damni infecti, cumque non caveret, jubeatur adversarius possidere: placet nihil amplius hunc consequi, quam ut eodem jure sit, quo foret is, qui non cavit: scilicet ut vectigali tantum actione uti possit. Et contra si in vectigali isto prædio de istis ædibus municipes non caveant: atque ita adversarius possidere jussus sit; transferri quidem jus municipium: sed hoc solum et proinde dominium plenum quod rem superficiario, vel emphyteutæ auferat, non nisi per longum tempus adquiri. Quæ sententia est *L. si finita*, §. *si de vectigalibus*, *D. eod.* Postremo si quis rem alienam pignori obligatam usucapit, dominio possessori quæsito nihilominus salva manet pignoris persecutio. *L. justo*, §. *non mutat*, *D. de usur.* et *usucap.* Idem accidit et in hac caussa, si quis ex possessione hujus partis dominium ceperit vel statim vel longo usu. Nam et hic nihilominus placet manere integram actionem hypothecariam veteri creditori adversus novum dominum, dum ei impensas quas in refectionem fecerit, id est, utiliter, creditor præstare sit paratus. *L. cum postulassem*, 44. §. 1. *D. eod.* Quod tamen sic accipiendum erit ex *L. eorum*, 19. in pr. *eod.* si creditor bona fide abfuerit, cum possessor adversus debitorem juberetur possidere. Tum enim absentis jus in stipulatione damni infecti non corrumpitur. Quod si præsens cum sciret rem juberi possideri non cavit, amittit jus pignoris, quippe qui non minus cavere debuerit ad juris sui retentionem, quam alius quivis, qui in ea re aliquod juris haberet: ut merito hic quoque culpa ejus eadem pœna plectatur: quod et in fructuario placuit. In quam sententiam recte Accursius accepit, quod scriptum est in *d. L. si finita*, §. *si qua sint*, adversus eum qui jussus sit possidere denegari superioribus et pignoris et ususfructus persecutionem. Quod ipsum illud est, quod aliis verbis traditur in *L. his qui*, 12. *D. eod.* his qui pignori rem acceperunt, potiorem esse eum cui damni infecti non cavetur, si possidere ei permissum fuerit.

XXII. Notandum est jussum hunc prætoris, quo rem possideri jubet, secundum decretum appellari. Sic vocat Ulpianus in *d. L. si finite*, §. *Julianus.* Quo significatur esse aliud in hac re decretum, quod cum hoc comparatum sit primum. Et ita res habet. Cum prætor jubet ire in possessionem, dicitur decernere, ut in possessionem eatur. *d. L. si finita*, §. *illud*, §. *si jam ruerunt.* Et rursum cum jubet possidere, decernit. *ead. L.* §. *si forte.* Recte utrumque: quia decernere dicitur magistratus, cum caussa cognita aliquid permittit. *L.* 5. §. *ne tamen*, *D. de reb. cor. qui sub tut. vel cur. sunt*, quod fit in hac re, ubi prætor non solum permittit possidere, sed etiam ire in possessionem. *L. his qui*, 12. *D. eod.* atque utrumque caussa cognita. Nam et cum jubetur quis in possessionem ire, id facit prætor caussa cognita, dum expendit quis, a quo, et quo genere cautionis stipulanti promittatur. Cumque hic pœna illa prior, ut in possessionem eatur, præcedat justo ordine hanc posteriorem, ut res possideatur: merito in hac caussa quod illic jubet et decernit prætor, ut fiat, decretum primum; quod hic, decretum secundum nominatur. Ac verbo etiam secundi decreti,

quod

quod de hoc posteriore dicitur, satis admonemur duo tantum in hac specie decreta prætoris intervenire. Nam si quod decretum prætoris præcederet missionem in possessionem a decreto de missione separatum, dici deberet hoc quo jubetur res possideri, tertium decretum, non secundum. Et tamen videri possunt duo hic prætoris decreta intervenire prius quam ad decretum de possidendo veniatur. Omnino enim ante quam prætor mittat eum cui non cavetur, in possessionem, jubet eum unde petitur, cavere: hoc autem cum jubet, quia facit caussa cognita, atque hoc modo stipulationem permittit, dicitur decernere, ut caveatur: ut proinde insit et in eo decretum. *L. prætor*, *penult. clausula edicti*, *L. cum postulassem*, 44. in princ. *D. eod.* Quæ res movit [13] nonnullos, ut tria hic decreta admitterent, unum de cautione interponenda; alterum ut eatur in possessionem; et sequens ut res possideatur, quod ex ista sententia necesse est uti est, ita et dici tertium. Sed ut dixi, veteres hoc secundum nominant, quo satis superior sententia refellitur. Et recte veteres: non quod cum prætor caveri jubet, non decernat; et cum jubet ire in possessionem, non etiam hic decernat: sed quod cum hæc duo facit, unum decretum est, non duo. Jubet enim uno tempore, et jubet non conjunctim quasi simul utrumque fieri velit: sed jubet disjunctim, ut dicat, tu a quo cautio postulatur, aut cave damni infecti, aut jam nunc in præsentia postulantem in possessionem ire jubeo. Ex quo apparet effectu rem hic unam ex duabus decerni, ac proinde et ex re quæ injungitur, et ex tempore rei injungendæ unum decretum esse. Sic autem ista decerni eodem tempore, et simul disjunctim, ut unum tantum fiat, cum res ipsa indicat, tum expressum est in *d. L. cum postulassem*, 44. in princ.

XXIII. Si ne hæc quidem decreta processerint, dum quis eum cui non cavetur nec in possessione esse ex primo decreto, neque possidere ex secundo patitur; hic adjicitur tertium remedium, quo plenissime de damno infecto consulitur postulanti. Constituitur enim hoc casu edicto prætoris adversus eum qui prohibet, actio, ut tantum præstet, quantum præstare promissorem oporteret, si de ea re cautum fuisset. Hoc in edicto *penult. claus. L. prætor*, *D. eod.* Nec interest quis prohibuerit, dominus an alius qui pro domino interveniat: pupillus, an alius. *L. si quis missum*, 17. *L. damni*, 18. §. *si pupillus*, *D. eod.* Quæsitum, an is qui non admittit, etiam pigneribus captis coerceri possit. Negat Ulpianus, cum ex hoc edicto tantum sit hæc actio prodita adversus eum qui non admisit. *L.* 4. §. 1. *D. eod.* Cum sit autem hæc in factum actio (sic enim nominatur in *L. si finita*, §. *ult.*) quoad persecutionem eadem cum ea quæ ex stipulatione damni infecti nascitur: quid ea contineatur, tum intelligetur, cum dixerimus quid contineatur stipulatione damni infecti. Tantum in verbis edicti de hac actione monendi sumus, esse aliquid, quod cavendum sit. Sic enim verba sunt, ut detur actio superior, si is qui non cavet, neque in possessione esse, neque possidere passus erit. Conjunctim posita hæc duo; quam conjunctionem orationis si sequimur, dicemus non prius superiori actioni locum fore, quam si is qui non cavet, utrumque simul fecerit, ut neque in possessione esse pateretur, neque rem possidere. Hæc enim vis est conjunctionis, ut cum plures conditiones conjunctim adjectæ sunt, omnes impleri oporteat. *L. si ita quis*, 129. *D. de verb. oblig.* *L.* 5. *D. de cond. inst.* Sed ut alias sæpe conjuncta pro disjunctis accipiuntur sententia ita postulante. *L. sæpe*, *D. de verb. signif.* sic et edictum in hac clausula acceptum est, ut contumacia ejus, qui contra decretum prætoris fecerit, coerceatur: neque enim is contemptus dignus est, qui in ulla parte adversus quam deliquerit, adjuvetur. Et hoc est, quod placet si is qui missus est in possessionem, non sit admissus, hoc ipso ista in factum actione uti posse, cum damnum factum erit, quanvis nondum jussus sit possidere. *L. si finita*, §. *ult.* *D. eod.* Idemque esse e converso, si admissus sit in possessionem primo, in quam missus erat: sed cum jussus esset possidere, prohibitus sit nancisci possessionem. *L. damni*, 18. §. *penult.* *D. eod.*

XXIV. Et sunt hæc quidem remedia ejusmodi, ut apparet, quibus adversus non caventem non inepte et sine injuria postulanti vicino caveatur. Sed ejusmodi tamen, quibus tunc locus est, cum stant ædes, et id opus, cujus nomine cautio postulatur. Quæ si ante quam mitteretur vicinus in possessionem, deciderint, nulli horum remediorum locus esse potest. Nam neque in possessionem iri ejus rei,

13) Cujac. 9. *ad Afric. in L.* 44. *h. t.* Omnino male, cum ipsi juris auctores primum vocent, quod Cujacius secundum, et secundum quod ille tertium. Uno itaque decreto priori duo complexus Prætor, Gifan. *ad L.* 10. *de Acq. Poss. n.* 9. Vid. de primo et secundo decreto Menoch. *Arb. Casu* 6. *et Retin. Poss. Remed.* 3. *n.* 161. *et seqq.* Ant. Fab. 10. *Err. Prag.* 6.

rei, neque possideri ea res potest, quæ non est: sed nec dici quisquam prohiberi in possessione esse alicujus rei, aut eam possidere ubi non est res, a cujus possessione prohibeatur. Adde, quod non prohibetur ab alio venire in possessionem, quiquominus veniat, natura ipsa rei prohibetur. Quid ergo fiet, si prius quam missio fieret in possessionem, aut priusquam veniretur in possessionem, ædes deciderint, et damnum dederint? Utemur distinctione ea, cujus partes varie disjectæ sunt sub hoc titulo; quæ si colligantur, hæc distinctio futura est. Si ædes deciderint ante, quam vicinus postularet a prætore sibi caveri damni infecti, si quidem negligentia ejus factum est, non ullo impedimento justo; de damno cum domino ruinosarum ædium agere non potest, non dico ut is damnum præstet; sed ne ad id quidem, ut id præstet, aut ædibus vel ruderibus cedere [14] cogatur. *L. prætor*, in fin. juncta. *L. quod forte*, seq. *D. eod.* Denique sua culpa damnum passus est, qui tardius cœpit experiri, ut est in *L. cum postulassem* in princ. *D. eod.* Sin qui ideo vicinus sibi non prospexit, quia non potuit, puta quia aut Reipublicæ caussa aberat, aut angustiis temporis, aut casu, justove aliquo impedimento prohibeatur, quominus de ea re adiret prætorem; placuit Juliani sententia, non inique prætorem curaturum, ut dominus vitiosarum non solum rudera tollat, ut est in *d. L. prætor*, in fin. et *L. seq. D. eod.* sed hoc amplius, ut aut damnum sarciat, aut ædibus careat. *L. hoc amplius*, *seq.* in princ. *eod.* Quod si ædes ruerint, cum jam vicinus postulasset a prætore, ut sibi damni infecti caveretur: interest, utrum damnum contigerit, dum prætor de danda stipulatione deliberat, an cum jam is misisset vicinum in possessionem. Si dum deliberat de stipulatione admittenda: æquum visum est deliberationem hanc magistratus postulanti non nocere: ideo officium esse prætoris, ut jubeat dominum ruinosarum ædium aut cavere de omni damno, aut si non caveat, ipse det de damno actionem. *L. si finita*, §. *eleganter*, *D. eod.* Si misso jam vicino in possessionem damnum factum est: si quidem is venire neglexit, placet eum amisisse beneficium prætoris. *d. L. si finita*, §. *penultim.* Si non neglexit, nec ulla culpa ejus est, quominus veniret, scriptum est in *L. cum postulassem*, 44. in pr. *D. eod.* perinde hic omnia servanda esse, atque si posteaquam in possessionem venisset, damnum datum esset. Quod sic interpretandum est, æque hic misso succurrendum esse, ut fieret superiore casu, dum prætore deliberante ædes ceciderint. Proinde aut vicinum jubendum de damno cavere, aut illo non cavente actionem de damno decernendam. *arg.* in *d. L. si finita*, §. *eleganter*.

XXV. Cum sint hæ vexationes in missione in possessionem, id damnum ex possessione, quæ secundo decreto obtinetur, et ad extremum eadem actio, quæ futura esset ex cautione damni infecti: recte et consulto faciet omnis, a quo damni infecti cautio postulatur, si se hac omni molestia et damno liberans, statim ubi jussus est cavebit. Quod si faciat, extremus jam hic locus est, ut de vi et potestate ejus cautionis interpositæ quæratur. Et hujus stipulationis eadem vis, quæ cæterarum omnium, quæ sub conditione concipiuntur, ut quoniam de damno futuro hic cavetur hac conditione si damnum factum erit, tum committatur stipulatio, id est, ex ea agi posse incipiat, cum conditio exstiterit. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* Observabimus autem conditionem hujus stipulationis tria continere, ut est ea conceptio, quam supra ostendimus: si damnum contigerit: si contigerit ædium, loci, operisve vitio; et si contigerit intra diem stipulatione comprehensam. Quæ singula quid valeant, pertinet ad conditionem implendam, et committendam stipulationem, ut cognoscatur. Et an damnum datum sit, intelligetur in commune, cum ad executionem actionis quæ inde nascitur, dixerimus, quod appellatione hujus damni contineatur, ut præstandum sit. De ædium, loci, et operis vitio hæ veterum definitiones sunt. Ædium, si superficiem intelligimus, vitium idem est, quod operis. Nam et ædes sunt opus. Loci vitium hic accipitur non vitium naturale, quod per se futurum esset et sine ædibus idque natura loci; sed quod extrinsecus accedens superficiem impositam infirmiorem facit. *L. fluminum*, §. *adjicitur*, *D. eod.* Naturale vitium est loci, si puta, locus sit palustris aut arenosus; ideoque impositum ob hæc vitia cecidit, in stipulationem damni infecti non venit: usque adeo, ut nec ea stipulatio inter-

po-

14) Quin et post denunciationem privatim factam, priusquam Prætor adiretur, damno dato idem juris *d. L.* 44. licet secus sit in novi operis nunciatione. Atqui hoc remedium ob imminens periculum celeritatem magis requirit. Resp. Ratio diversitatis, Actio in factum ex edicto de operis novi nunciatione procedit ex facto vicini, competens ad hoc ut opus non ligitime factum restituatur. Damnum vero quod ex ruina procedit ex vetustate earum vel vitio operis jam facti, ita Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 8. *n.* 6.

ponatur, neque interposita committatur, ut scriptum est in *d.* §. *adjicitur.* Vitium extrinsecus accedens est, exempli gratia, cum locus per se alioqui firmus aqua alluente paulatim exeditur, aut vitiatur: hoc vitio si corrumpuntur fundamenta atque ita ædificium ruit, id demum vitium est quod loci esse intelligitur, et ad hanc stipulationem pertinet. Quid ergo, si quis ædificare velit in loco palustri aut arenoso, ut ædes periculose n[illegible]tris immineant, hoc illi licere debebit im[illegible]e, neque nobis ulla occurrendi ratio est? Minime vero illi licere debet ita temere ædificare, et vicinis damnum dare impune. Sed et hic damni infecti utiliter nobis cavebimus, quæ et Accursii et Bartoli sententia est. Neque hic quidquam dicimus contrarium superioribus. Concedunt enim omnes de vitio saltem ædium atque operis stipulationem recte postulari. Et ad hoc vitium is casus pertinet, qui ideo contigerit, quia ædes in loco palustri aut arenoso extructæ non bene jactis fundamentis ceciderint. Possunt enim loca palustria et arenosa firmari molibus alte jactis, aut sudibus præustis quantum satis est in terram infixis. Quod si factum non erit ab ædificatore, et ædificium ruerit postea, eventus docet ideo factum esse, quia ædes non recte, neque arte ædificatæ essent: id est, quia essent ædificatæ vitiose, fundamentis videlicet non ita jactis, ut oportuit. Vitium operis, proinde et ædium est omne, quod aut ab arte contingit, aut materia, aut vetustate postea contrahitur. Ab arte, si ædes male ædificatæ sint: *L. fluminum*, in fin. princip. *D. eod.* a materia, si materia vitiosa, quæ postea vitium ostenderit: a vetustate, ut cum paries tempore corruptus aut finditur, aut ventrem facit, ac tandem concidens, ædificium secum trahit. Quod si quid casibus fortuitis contigerit, quo aut ædificium dejiceretur, aut opus fieret ab iis quos prohibere non possumus, id omne ejusmodi est, ut non sit numerandum in vitio ædium vel operis, eoque nec hac stipulatione præstetur. Veluti, si ædes de quibus cautum est, terræ motu, aut vi fluminis, aut alterius ruinæ ceciderint: si tegulæ vento dejectæ in stipulatoris tegulas deciderint: si dejectæ arbores aut confractæ vi tempestatis vitibus vel segetibus nostris nocuerint: si alii quos prohibere non potuimus, idem dejecerint, aut opus de quo cautum erat, nobis ignorantibus fecerint. Hæc summa *L. fluminum*, §. *hæc stipulatio*, usque ad §. *ultim. D. eod.* congruit. *L. damni*, 43. in pr. *eod.*

XXVI. Habet, ut dixi, superior stipulatio et in conditione hoc tertium, ut de damno caveatur, si id contigerit intra diem stipulatione comprehensam. Quæ adjectio hoc efficit, ut si finita die damnum datum sit, nihilo magis de damno agi possit, quam si omnino cautum non esset: sic enim verum est conditionem stipulationis non exstitisse. *arg. in L. si finita*, in pr. *eod.* Atque hinc illa quæstio; quando intra diem comprehensum videatur damnum datum esse: placetque datum videri, non tantum si quid plane ruptum erit intra eum diem, sed etiam quid luxatum, aut vitiatum ita, ut postea ex eo ictu et luxatione concideret, quanvis post diem id contigerit: et in summa tunc damnum intra eum diem datum videri, cum caussa futuri damni interim data est, quanvis postea damnum sit secutum. Hoc in *L. damni*, 18. §. *Sabini. D. eod.*

XXVII. Cum secundum hæc conditio stipulationis extiterit, tum, ut dixi, commissa stipulatione ex ea actio est. Ad quid, quibus, adversus quos, videamus. Conceptio stipulationis, quam supra proposuimus, finis item cautionis indicat id agi, ut damnum quod contigit, præstetur, nihil præterea. Videndum, quid in damno habendum sit, cujus rei damnum præstandum, et cum præstabitur quomodo æstimandum. Et damnum hic accipimus quanti ea res est, seu quanti interest stipulatoris damnum ab ædibus ruinosis datum non esse. *L. in hac stipulatione, D. eod.* Similiter ut in lege Aquilia quæ est de damno dato, æstimatur damnum datum. *L. ait lex, D. ad leg. Aquil.* In quo hæc computantur, res quæ ruina ædium aut operis fractæ, ruptæ, deterioresve factæ sunt: impensæ quæ propter metum ruinæ factæ sunt ad ædificia fulcienda; tum si qua sunt emolumenta quæ stipulator ex re sua percipere potuit, quibus caruit propter metum ruinæ, ut sunt mercedes inquilinorum, quæ ideo perceptæ non sunt, quia inquilini justo metu aut non accesserunt ad ædes conducendas, aut cum conduxissent, emigrarunt, *d. L. in hac.* Quod si quid est, quod stipulator consequatur beneficio et patientia vicini, ejusdemque promissoris: id si facto ejusdem domini amittit, quanvis per id opus de quo cautum est: placet in damno non esse numerandum, eoque nec hoc stipulatione præstari. Finge vicinum puteum fodere juxta ædes meas, et me eo nomine damni infecti stipulatum, ne forte eo opere lædat fundamenta mearum ædium. Si eo puteo aperto præcidat venas putei mei, aut alio modo aquam quæ in ejus fundo oritur, ad se avocet, hac sti-

pulatione non tenetur. Idem est, si cum ædes instituisset in suo, et mihi damni infecti cavisset, eas ita tollat, ut luminibus mearum ædium officiat. Utrumque ideo, quia et illic jure aquam suam, quæ prius ad me veniebat, in suo retinet: et hic in suo jure altius tollit. Hæc in *L. fluminum*, §. *ult. L. Trebatius* seq. *L. Proculus* seq. *D. eod.* Perit hic quidem mihi aliquid, quo prius utebar, sed non de meo; quia meum non fuit, in quo aliena patientia et beneficio utebar. Non est igitur damnum, in quo de meo patrimonio nihil deminuitur. *L.* 3. *d. L. Proculus*, in fin. *eod.* Non adversatur, quod veteres constituerunt, in æstimando eo quod interest, quod in hanc stipulationem venire ante diximus, rationem haberi non tantum damni, sed etiam lucri. *L.* 1. §. *ultim.* in fin. *D. de eo quod cer. loc. L. unica. C. de sent. quæ pro eo quod inter. prof.* Lucri enim justi ratio habenda est, id quod veteres intelligunt. Injusti lucri nulla est æstimatio. Est autem injustum lucrum, quod ex re aliena invito domino facere postules: etiam si prius concedente domino aliquandiu eo usus fueris. Semper enim in potestate domini esse debet, beneficium suum et liberalitatem, cum velit, revocare. *L.* 1. *L.* 2. *D. de prec.*

XXVIII. Damnum vero hic præstatur non cujusvis rei, quam stipulator amiserit ex casu aut ruina ejus loci operisve, de quo cautum est, sed solum ejus rei, propter quam initio de damno sibi cavit, dum ei rei damnum timeret: scilicet quia et de eo damno inter stipulatorem et promissorem initio actum est. Et ideo si unas ædes habui, cum stipulatus sum damni infecti, aut unam partem in ædibus communibus, quibus damnum metuebatur, deinde alias ædes vicinas comparaverim, aut aliæ partes rei communis mihi accesserint, et hæ eadem ruina damnum passæ sint; placet damnum tantum præstari ædium, et ejus partis quas tunc habui cum stipularer, non earum quæ obvenerint postea. Hoc in *L. damni*, 18. §. *si quis unas*, *D. eod.* Et tamen si res aliquas post stipulationem interpositam in domo habere cœperit stipulator, quæ ex ruina vicinarum ædium perierint; *ibidem* scriptum est, earum quoque nomine agi posse, licet tunc cum stipularetur, hæ res non fuerint. Hoc ideo, quia et de his rebus initio cogitatum est, cum id ageretur, ut stipulator ædes quæ tunc erant ejus cum stipulabatur, salvas haberet: quod quidem non propter ipsas ædes quisque stipulatur, sed propter res quas illic habet, habiturusve est postea: cum ædes earum rerum caussa quæ illic sunt, potissimum habeantur.

XXIX. Sed et damnum hoc omne quod contigit, et hic præstandum esse dicimus, non uno modo æstimandum est. Sit sane hæc æstimatio aliis in rebus, quæ et in aliis caussis servatur, ut tanti res quæque amissa aut deterior facta æstimetur, quanti est re vera: ut fit in actione de damno dato ex lege Aquilia *L. si servum*, *D. ad leg. Aquil.* At excepta sunt opera ad voluptatem comparata, ut tectoria et picturæ, quæ si ex ruina ædium perierint, placet etsi in his magna erogatio facta sit: attamen ex damni infecti stipulatione moderatam æstimationem, et honestum modum servandum, non immoderatam cujusque luxuriam subsequendam. *L. ex damni*, 40. in pr. *D. eod.* Eadem servatur et in parietis communis demolitione ac restitutione, cum unus ex sociis qui hunc reficiebat, cavit socio damni infecti, et quid ex ea caussa damni contigit. Quod explicatur in *L. nam si*, 37. *D. eod.* Per cujus præstationis occasionem introducitur sub eodem titulo quæstio: an is qui parietem refecit, possit vicissim repetere pro parte sumptus a socio, et quatenus. Et placet posse hactenus, ut in æstimando novo pariete ratio habeatur ejus impensæ, quæ modum probabilem non excedat in vetere ejus cultu, non etiam qui gravet. *L. inter quos*, 39. §. *ult. D. eod.* Sed et in eo æstimando deduci debere pretium veteris parietis, si quod ad socium pervenit: si nihil aliud, certe quod ex veteri in novum conjectum sit, id deducendum. *L. emptor*, 38. §. *ult. eod.* Hæc tamen ita si vetus paries idoneus non fuit, ut eum demoliri oporteret. Quod si fuerit idoneus paries, placet non modo nihil præstandum novi parietis nomine, sed etiam in damni infecti stipulationem venire, quanti interfuit actoris veterem parietem stare. *d. L. nam si fuit*, 37. *eod.* Unde rursum illa quæstio in parietis communis demolitione quis paries idoneus, quis non idoneus, et in reficiendo eo, cui potius facultas ædificandi præstanda. Locus dilucide expositus in *L. in parietis*, 35. *L. sed ita seq. L. in reficiendo*, 41. *D. eod.*

XXX. Hæc actio, ut ex omni alia stipulatione, et stipulatori competit, et est adversus promissorem. Quæritur de pluribus dominis, si forte plures ædium communium nomine stipulati sint damni infecti: plures ædium ruinosarum nomine damni infecti caverint: quatenus agant singuli, et conveniantur: in solidumne, ut simpliciter et sine adjectione partis stipulati sunt, aut promiserunt: an vero pro qua parte singuli in ædibus dominium habent? Et placet singulos ex sti-

stipulatoribus pro partibus dominicis agere, singulos ex promissoribus pro iisdem partibus conveniri. *L. ex damno*, 40. §. *quoties ex damni*, *eod.* In stipulatoribus expedita ratio, quæ indicatur in *d.* §. *quoties ex damni.* Quia scilicet de damno quod contigerit postea, sibi cavent. Damnum autem quod pluribus datum est, non unicuique in solidum, sed in partem datum videtur. In promissoribus ratio obscurior, cum possint singuli in solidum se damni nomine obligare. Sed cum promittant non simpliciter, sed propter rem suam a qua damnum timetur: satis intelligitur unumquemque ut dominum, ac proinde quatenus dominus est, idest, pro portione dominica cavere. Et tamen quia id potest esse incertum, consilium datur in *L. plures*, 27. *D. eod.* ut cum plures sint domini vitiosarum ædium promittant nominatim pro sua quisque parte: ne singuli in solidum obligentur. Non quod alioqui jure obligentur in solidum, quod negatur in *d. L. ex damni*, §. *quoties ex damni*, sed quod de eo dubitari potest, et in ea dubitatione potest contra promissores judicari. De pluribus stipulantibus nihil ejusmodi necesse eos facere traditur in *d. L. plures*, quia quomodocunque stipulentur, semper eos de suo damno stipulari certum est, quod pro portione cujusque dominica inter eos dividitur.

XXXI. Ac de stipulatione damni infecti dictum est, quod satis sit ad caussam, vim et potestatem stipulationis cognoscendam, obtinendamque de damno futuro eam cautionem, quam volumus, de quo nunc agitur. Adjecta tamen quædam sunt sub hoc titulo, sive ex edicto, quod est de hac stipulatione, quæ tamen hic non exstant; sive ex aliquo alio; in quibus agitur de magistratibus iis, per quos superiora decreta transigi possunt, et debent: qui locus magis ad jurisdictionem magistratuum pertinet, quam ad privatam obligationem, et jus privati, quod in hac stipulatione quærimus. Quia tamen proprie constituta sunt in hac stipulatione, et fortasse eodem edicto: non absurde sub hoc titulo inserta sunt: certe ad rectam persecutionem juris nostri in hac caussa pertinent. Locus est ex Ulpiano in *L.* 1. et *L.* 4. *D. eod.* Sententia autem hæc est. Jubere cavere damni infecti, et adversus eum qui non caveat, in possessionem mittere, prætoris est et præsidis in provincia, si præsentes sint. Si absint: hæc duo prætor et præses magistratibus municipalibus delegavit. *L.* 4. §. *duas ergo*, *D. eod.* Et recte horum utrumque his delegandum putavit (sic enim legendum est in *L.* 1. non autem [15] *putabit*, ut in Pandectis Florentinis, injunxit enim ista prætor edicto ipso, non ipse postea, ut quidque occurrit, delegat, *d. L.* 4. §. *duas*) recte, inquam, horum utrumque delegatum magistratibus municipalibus: quod res damni infecti celeritatem desiderat, et periculosa dilatio prætori videtur, si ex hac caussa sibi jurisdictionem reservaret, ut est in *d. L.* 1. *Cætera*, inquit idem Ulpianus, *jurisdictioni suæ prætor reservavit*, d. *L.* 4. §. duas. *Cætera*, id est, ut *si duretur non caveri*, *possidere liceat*: tum ex *caussa decedatur de possessione*: item ut non admisso actore in possessionem, decernatur ei actio in tantam summam, quantum postea damnum futurum est. Hoc in *d. L.* 4. §. *si forte.* Scilicet quia hæc moram pati possunt sine periculo actoris. Priora autem illa non tantum permisit prætor magistratibus municipalibus, sed etiam injunxit, quo verbo Ulpianus utitur in *d. L.* 4. §. *duas.* Recte: sic enim permittit prætor ista facere magistratibus municipalibus, ut etiam facere jubeat, si postulentur: et ne impune contemnant, neglectis his adversus eos actionem dedit, quanti ea res est cujus damni infecti nomine cautum non est: nisi tamen tam vicinum urbi municipium fuerit, ut magistratu se non interponente potuerit prætor vel præses adiri: hæc in *d. L.* 4. §. *in eum.*, usque ad fin.

CAP.

15) Quod probat Sc. Gentil. 2. *de Jurisd.* 5. quia Florentini Pandectæ passim B. pro V. exhibeant. Sed recte opinor legitur *putabis*, quia contextus ipse et ratio sermonis verbum futuri temporis exigunt. Nam dictio *cum* pro *quando* posita ibi, non pro *quia*. Neque enim satis Latine, puto, dicitur *cum desiderat* pro *quia desiderat*, Sed ratio sermonis istiusmodi verba exigeret *cum desideraret* et *Prætori videretur*, etc. Nec ipso jure municipali magistratui datam hanc jussionem probat *d. L.* 4. §. 3. ne quidem sub conditione ea si magistratus superior absit. Sed hæc faciunt illi non vi propriæ sed mandatæ a Prætore, re ita exigente, jurisdictionis, vid. Fac. 6. Q. 76. A. Fab. ad *L.* 4. *de Jurisd.*

CAP. XLVIII.

De aquæ pluviæ arcendæ actione.

Aquæ pluviæ arcendæ actio quid conveniat aut differat a nuntiatione novi operis, et damni infecti stipulatione. I. XIII.

Brevis actionis comprehensio. Summæ illius partes, caussa actionis, ejusque genus et conditio. II.

Ad caussam revocari quatuor 1. *Aquam pluviam, quæ vicino noceat, aut nocitura sit.* III.

2. *Opus manufactum, propter quod aqua noceat. Quatenus et naturale opus in actionem veniat.* IV.

Quid si opus quis in suo faciat avertendi fluminis caussa. V.

3. *Opus in privato agro factum, aut in ædificio rustico.* VI.

4. *Aquam pluviam quæ vicini agro noceat.* VII.

Quinque excipi a superiore caussa; et quæ illa. VIII.

Quando fossam quæ in agrum vicini aquam derivat quis purgare teneatur suis sumptibus, aut pati eam purgari ab alio. Conciliatur §. 1. cum §. apud Labeonem §. in L. 2. D. de aq. pluv. arc. IX.

Actionis ea vis seu præstatio, ut factum opus ante litem contestatam restituatur; et damnum sarciatur quod post eam contigit. X.

Restitutio operis qualis; et quando facienda propriis sumptibus, aut præstanda dumtaxat patientia. XI.

Utrumque si jussus dominus neget, fit condemnatio quanti interest, prævio actoris juramento in litem, quo damnum æstimetur. XII.

Competit actio domino fundi, eique soli: esto detur utilis *emphyteutæ et fructuario et quatenus utriusque* utilis *aut* directa. XIV.

Datur adversus fundi dominum directa; utilis *adversus vectigalem seu Emphyteutam.* XV.

Aliquis tamen hac actione tenetur aliquando, etsi fundo alienato dominus esse desierit; et quomodo. XVI.

Ubi plures ejusdem fundi Domini agant, aut conveniantur: eos in partem agere, aut conveniri. XVII.

Superiorem actionem non in rem esse, sed in personam; et quare. XVIII.

I. AQuæ pluviæ arcendæ [1] actio et ipsa remedium est, damni futuri arcendi, et cum inciderit, sarciendi caussa, quod nisi hac actione instituta consequi non liceret a vicino, a cujus agro aqua emissa vicinis nocuit. Habet hæc actio hoc commune cum superioribus remediis duobus, quod et hæc actio ut illa remedia, est de damno nondum facto, ut futuro occurratur. *L.* 1. §. *hæc autem.* Hoc differt, quod superiora remedia proposita sunt de omni re atque opere, unde damnum metuitur. Hæc actio specialis est, pertinetque ad ea opera solum, quibus aqua pluvia potest nocere. Sed et habet specialiter, quo differat ab utroque. Nuntiatio novi operis remedium est adversus futura opera, et nondum facta, ne fiant. *L.* 1. §. 1. *D. de op. nov. nunt.* Hæc actio de opere jam facto, ex qua damnum timetur. *L.* 1. §. *hæc autem, D. de aq. pl. arc. act.* Stipulatio damni infecti de opere etiam jam facto ita utiliter competit: ut tamen ea stipulatione non restituatur opus, et damnum sarciatur, quod ante contigerit, quam agatur. Hac actione id agitur, ut opus restituatur, quod nocere potest, et damnum sarciatur quod post actionem institutam contigerit, non ante; utrumque sine stipulatione, qua de his rebus cautum sit. Quæ qualia sint, ex his quæ de actione dicturi sumus, melius et opportunius suis locis intelligetur.

1) Quæ vocatur legitima *L.* 22. §. *ult. hoc tit.* Est enim 12. tabb. per *L.* 29. *de statu lib.* Duarenus *hoc tit. Cap.* 1. Cujacius ad *L.* 77. *de V. S.* vid. de ea Cœpolla *de Serv. rust. Cap.* 5. P. Greg. 4. *Synt.* 17. Jo. Tavard. *de Interd. ad hunc tit.* Nic Valla *de Reb. dub. Err.* 8. *n.* 7.

II. Actionis summa hæc est. Actio aquæ pluviæ arcendæ (sic enim nominatur in *L.* 1. in pr. et passim, sub eodem *tit. D.*) tunc locum habet, cum manu facto opere in privato, inde aqua pluvia agro vicino nocitura est. *L.* 1. §. *hæc autem*, §. *in summa*, *D. eod.* Proposita domino ejus agri, in quo id opus factum est, de quo agitur. Sic dicta, quia id agitur, ut aqua quæ nocere potest, arceatur a vicino, idest, coerceatur, et cohibeatur, ne ut ante, in vicinum agrum influat. *d. L.* 2. §. *penultim. L. si ususfructus*, 22. §. 1. Hæc summatim. Nunc explicatius quid valeat, contineatque superior definitio, cognoscamus. Cujus partes distincte et sigillatim expositæ, naturam ac vim actionis aperient, probatæ confirmabunt. Et in ea duæ hæ partes observandæ sunt, quæ et in cæteris actionibus: caussa actionis, et actionis genus, in quo hæc insunt, quam ad rem constituta sit hæc actio, quibus, et adversus quos.

III. Caussa actionis superior quatuor [2] exigit, aquam pluviam, quæ vicino noceat, nociturave sit; opus manu factum quo aqua noceat; locum certum, in quo id opus factum sit: locum item certum, cui eo opere et aqua noceatur. Primum exigit ut aqua noceat [3] nociturave sit. *d. L.* 1. §. *hæc autem*, §. *in summa*, *eod.* Nocet aqua vicinis aut nocere potest, quæ ex agro nostro immittitur in vicinos agros, cum prius in eos non flueret; aut cum prius flueret, facimus ut major, aut citatior et vehementior in eos influat. *d. L.* 1. §. *hæc autem*, §. *idem ajunt*, 1. *D. eod.* Proinde non noceat ea, quam in nostro inventam ibi [4] retinemus, aut vicino superfluentem in nostrum derivamus. Neutro enim modo ex his aqua immittitur in alienum, aut efficitur ut ad alium perveniat nocendi caussa. Idcirco aquam pluviam in suo retinere, ne perveniat ad vicinos, vel superfluentem ex vicinis in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse placuit; nec quemquam hoc nomine teneri. *L.* 1. §. *iidem ajunt*, 2. *eod.* Non tamen quævis aqua nocens coercetur hac actione, sed aqua pluvia. Dicitur autem aqua pluvia nocere, non tantum cum aqua solum pluvia est, idest, de cælo cadit, sed etiam cum ea aqua est, quæ pluvia et imbre [5] crescit. *d. L.* 1. §. 1. §. *in summa*, *eod.* Crescere autem intelligitur, quæ aut pluvia colorem mutat, ut augetur. *d. L.* 1. §. *in summa.* Quapropter si quis aquam ex fonte, aut puteo educens derivet in vicini agrum, etsi nocet vicino, tamen hac actione non tenebitur, sed negatoria agendum est, qua actor intendat jus non esse vicino ita aquam immittere in suum. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si ser. vind.* Notandum, non hic exigi, ut aqua pluvia noceat, satis est ita comparatam esse, ut nocitura sit, seu ita opus factum esse, ut aqua pluvia vicinum attingens possit ei nocere; denique id opus, ex quo timeatur damnum, *d. L.* 1. §. *hæc autem*, *L. vicinus*, 24. *D. eod.*

IV. Exigit secundo loco caussa hujus actionis, ut aqua pluvia ex nostro defluens alieno noceat non naturaliter, sed opere manu facto. *d. L.* 1. §. *hæc autem*, §. *in summa*, *eod.* Naturaliter si ex nostra aqua defluat in vicinum, etsi vicino nocet, impune nocet, nec illi adversus nos ulla actio est ejus aquæ arcendæ caussa. Factum enim suum quisque non naturæ præstare debet. Sed et hæc in agris servitutis inesse intelligitur natura, ut semper inferior serviat superiori ad aquam quæ ex superiore fluit, excipiendam. Atque in eo æquitas hæc est, quod si quod in eo incommodum est inferioris agri, id inferior compensare debet cum alio incommodo; quod omnis pinguendo terræ ex superiore ad inferiorem cum aqua decurrit. Hoc ad hanc sententiam in *L.* 2. §. *ult eod.* Sed etsi vitio loci pars aliqua soli subsederit, per quam caussam aqua pluvia inferiori noceat; quia natura loci hoc fit, non opere facto, dicendum, nullam hic competere actionem. Idemque est, etsi quod in agro manu factum erat, subsederit. *L. Attejus*, §. 1. *D. eod.* Sane si quid hic naturaliter factum sit, quod vicinis noceat, mutari autem possit, et in priorem statum restitui ita, ut domino agri, in quo id accidit, restitutio non noceat; etsi summo jure de eo restituendo cum vicino agi non potest, tamen placuit æquitate suadente actionem in eam rem admitti, non ut vicinus restituat, sed ut restitui patiatur. In quo hæ duæ species exceptæ sunt a veteribus. Una si aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquæ dejecerit, per quod effectum sit,

2) 14. Requisita refert Cœpolla *d. C.* 5. *n.* 2. 3. *et* 4.

3) Hæc actio futura damna respicit *L.* 14. §. 2. *hoc tit.* Cœpolla *d. Cap.* 5. *n.* 5. nec datur tantum de damno dato vel facto, ut male Duarenus *hoc tit. C.* 2.

4) Quid igitur si cum jam diu aqua ex prædio vicini influxisset in agrum meum, an poterit vicinus eam divertere, aut in suo continere, si inde mihi damnum, vid. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 8. *n.* 7.

5) Et flumen quod imbre excrevit, vocatur aqua pluvia, ut ostendit Cic. *in Top.* vid. Duar. *hoc tit. C.* 1. Cujacius 27. *Obs.* 24. Nec necesse est in *d. L.* 1. §. 16. pro *increscit* reponere *nigrescit*, ut Rad. Forner. 1. *Rer. quotid.* 15. *et seqq.*

sit, ut aqua pluvia mihi noceret, et vicini postulent eum aggerem suis sumptibus restitui. De qua specie est in *L.* 1, §. *item Varus*, et §. *quamquam*, *seq. eod.* Altera, si aqua fluens iter suum stercore, aut terra aggesta obstruxerit, ut ex restagnatione superiori agro noceat; dominus autem superioris agri agat cum inferiore, ut sinat purgari. De qua specie in *d. L.* 1. §. *apud Namusam*, *eod.* Cæterum si quod opus manu factum sit, quo facto aqua possit nocere, nisi quid hic nominatim excipiatur; de quo mox; omne hac actione tenetur. Usque adeo ut si quis opus fecerit aquæ excludendæ caussa, quæ exundante palude in agrum ejus refluere solebat; si ea palus aqua pluvia amplietur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat; placeat aquæ pluviæ actione cogi eum tollere. *L.* 1. §. *Neratius*, *eod.*

V. Aliud placuit, si quis opus in suo faciat aquæ avertendæ caussa vel fluminis vel torrentis: *dum scilicet id agit, non ut excludat* eam quæ in ejus agrum restagnare soleret; sed ut prohibeat imminentem, ne in suum influat. Hoc in *L.* 2. §. *penult. D. eod.* cujus rei ratio hæc *ibi* redditur ex Labeone, quod *aquam arcere* hoc sit, *curare ne influat.* Quæ aliena videri potest ratio, ac potius contra eum facere, qui id opus fecit, quasi et hic debeat arceri istam aquam, idest curare ne in alienum influat. Sed bene congruit, et efficit quod est propositum. Habet enim hanc vim; si jus hac actione consultum esse vult vicinis, de aqua ad eos perveniat secus, quam ante fluxit: non dubium quin et opus facienti consultum esse velit, ut et ipse aquam arceat, idest, curet ne aqua imminens in suum influat. Et certe multum interest, utrum quod quis in suo jam habet, exoneret in alienum; an quod veniat extrinsecus, avertat, ne admittere cogatur. Qui exonerat quid in alienum, is in alienum immittit: quod nulli licet. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si servit. vindic.* Qui avertit et arcet quid a suo, is vim illatam propulsat, quod omnibus facere concessum est, etiamsi in ea re caussam damni alii dent. *L. scientiam*, §. *si quis cum*, *D. ad leg. Aquil. L.* 1. §. *vim vi*, *D. unde vi.*

VI. Tertium exigit caussa hujus actionis, ut opus factum sit in privato; in publico si fiat, cessat hæc actio: sic tamen, ut si opus in privato factum sit, et publicum interveniat, de toto agi possit aquæ pluviæ arcendæ. Quod intellectum est ex eo quod hac actione non tenetur, nisi dominus solus. *L.* 3. §. *penult. L. si in publico*, 18. *D. eod.* Sed et in privato non quovis opus factum esse oportet, verum in agro, aut certe in loco, aut ædificio rustico: quod si aqua ex ædificio urbano nocebit vel agro vel ædificio, hæc actio locum non habet; placetque generali utendum, quæ est de stillicidiis et fluminibus. *L.* 1. §. *item sciendum*, 2. in fin. *D. eod.*

VII. Postremo et ad caussam hujus actionis pertinet, ut aqua pluvia agro item seu fundo noceat: ut si ædificio, vel oppido nocebit, cesset actio: quo casu placet item agi posse generali illa superiore de fluminibus et stillicidiis: hoc item in *d. L.* §. *item sciendum*, 2. in princ. *eod.* ubi at actio de fluminibus et stillicidiis demonstratur, ut sit ea, qua agitur jus non esse vicino stillicidia et flumina in nostrum immittere: quo significatur notari hic generalem actionem negatoriam de servitutibus, qua et in hac specie de arcendis stillicidiis et fluminibus vicinis agitur. Hoc enim nomine actio negatoria competit, si quis in nostrum quid immittat, quod ei non liceat jure servitutis. *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si ser. vind.*

VIII. Superiora cum concurrent, tum denique huic actioni locum dabunt. Quædam tamen opera, et quædam immissiones hic exceptæ sunt, ut cum in his opere facto in nostro aqua pluvia nocebit vicinis, non tamen ea opera hac actione aut ulla alia teneantur. Excepta autem hæc quinque. Primum omne opus quod agri colendi caussa factum sit. *L.* 1. §. *de eo opere*, *D. eod.* neque refert, frumenti quærendi caussa factum sit, de quo refertur Trebatii sententia in *d.* §. *opere*: an vero frugum fructuumque quorumcunque percipiendorum caussa; quod probatur de sententia Labeonis in *d. L.* 1. §. *Labeo*, ac ne quidem interest utrum opus factum sit aratro, quod Mutius adjiciebat, ut est in *d. L.* 1. §. *de eo opere*: an vero manu, ut refertur sententia Sabini et Cassii in *ead. L.* §. *Labeo*, vers. *item Sabinus.* Colendi autem agri caussa factum accipere debemus, quidquid ejusmodi necesse est facere, ut sine eo arare quis aut non possit, sive sint fossæ, sive sulci aquarii. Quidquid horum factum est, quanvis inde aqua emissa noceat vicinò, placet eum qui fecit, hac actione non teneri: dum tamen si quis sulcos directos facit agri colendi caussa, ita faciat, ut sulci in unam partem pergant, ne pluribus locis aqua emissa magis vicino noceat; quod ad culturam agri facere non est necesse: probatur hæc sententia in *ead. L.* 1. §. *sed etsi quis.* quanvis visus esset Mutius

tius [6] dissentire, cujus refertur sententia *ead. L. §. sed et fossas.* Eadem si fiant in prato, quia non fiunt arandi, ferendive caussa, ad hanc exceptionem non pertinent. *L. vicinus*, 24. *D. eod.* Secundo loco excepta ea opera, quæ aquæ emittendæ caussa facta sunt publica auctoritate: puta concessu principis, eorumve, penes quos ea potestas est. *L.* 2. §. *Cassius*, *L. quod principis*, 23. in princip. *D. eod.* Tertio ea opera, quæ facta sunt ab iis, qui primi agros constituerant. *d. L. quod principis*, in princ. Merito: nam domini ab initio hanc legem rebus suis imponere potuerunt. Adde, quod quibus patientibus opus factum est, ex quo his aqua pluvia noceat, his in universum aquæ pluviæ arcendæ actio non competit. *L. Labeo*, 19. *D. eod.* Quarto ea, quæ quis in suo facit, non egerendæ, sed avertendæ aquæ caussa, quæ prius in ejus agrum influere non soleret. *d. L.* 2. §. *penult. eod.* Postremo omnia opera ejus aquæ derivandæ caussa facta, quam domino jure servitutis vicinis agris impositæ in eos agros immittere liceret. *L.* 1. §. *ult. eod.* Tria autem sunt, inquit Paulus in *L.* 2. in princ. per quæ inferior locus superiori ad aquam ejus excipiendam servit: *lex*, *natura loci*, *vetustas*, *quæ semper pro lege habetur minuendarum litium caussa.* Legem vocat, pactionem qua servitus imposita est vicino fundo. Natura loci hæc est, ut si aqua ex superiore fundo naturaliter decurrit; hanc inferior excipere debeat, et hactenus serviat superiori. *L.* 1. §. *ult.* Sed hæc pars ad opera manu facta, de quibus agimus, non pertinet. Vetustatem dicit, vetustatem operis facti, quo aqua pluvia nocet vicinis: et eam vetustatem hic intelligit, cum non extat memoria, quando id opus factum sit. Ut indicat in *ead. L.* 2. §. 1. Unde illa quæstio, quando non extet hæc memoria. In quo ita definit in *L.* 2. §. *item Labeo*, *antep.* tunc videri non extare, cum non supersunt, neque qui viderint, et meminerint factum, neque qui audierint eos, qui memoria tenerent. Ergo quodcunque id opus est, cujus initii memoria non extabit, hoc sentit Paulus id jure quem in suo habere, et quanvis inde aqua corrivata vicino agro noceat, eum hac actione non teneri. Veluti, si quis fossam veterem in suo fundo habeat aquæ excipiendæ caussa, quæ deinde descendat in inferiorem, aut in vicinum restagnet. Et quidem de hac fossa aquæ pluviæ agi non potest, ut restituatur, ut oppleatur fossa, quam ad rem præcipue hæc actio comparata est. Sed hactenus dabitur adversus dominum, ut ea fossa purgetur, ut declaratur in *ead. L.* 2. §. 1. et §. *apud Attejum.* Neque hæc contraria sunt. Ut enim non extet fossæ memoria: semper tamen constat non longum tempus fuisse, cum non ita esset immunda, ut aqua in ea redundaret, cum prius id factum non esset.

IX. Sed utrum cum domino fossæ ita actio est, ut eam purget suis sumptibus, an hactenus, ut patiatur ab actore purgari, et in pristinum statum redigi? videntur enim hic duo *paragraphi d. L.* 2. inter se dissentire. §. 1. et §. *apud Attejum*, Et observanda est distinctio, quæ illis duobus inducitur: quæ vulgo parum animadversa sententiam illis inexplicabilem fecit. Interest, utrum fossa vetus, quæ est in agro alicujus, comparata sit non ejus tantum agri, sed et vicinorum siccandorum caussa. Qua de specie agitur in *d.* §. 1. *L.* 2. an vero habeatur ea fossa ejus tantum agri caussa, in quo facta est; ut si ea fossa sit, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendat. Quæ species proponitur in *d.* §. *apud Attejum*, *L.* 2. Si vicinorum agrorum omnium exsiccandorum caussa fossa facta est, recte dicitur quisquis ex vicinis aget cum domino fossæ, ut fossa purgetur hactenus eum agere posse, ut fossæ dominus aut eam purget, aut patiatur eam refici: quia et fossa actoris caussa facta est, quamobrem cum et in ea refectione de re ejus agatur, etiam ejus purgationis, quam postulat onus agnoscere debeat, quæ sententia est *d.* §. 1. *L.* 2. Quod si fossa ejus tantum agri caussa facta sit, in quo habetur, commutatur utilitas actoris, et recte dicetur non debere postulari ab eo, ut onus fossæ purgandæ ferat, ad quem fossæ commodum non pertinet. Quæ rursum sententia est *d.* §. *apud Attejum*, *L.* 2. Distinctio ex certa ratione æquitatis ducta, quæ efficit, ut cujus commodum est, ejus et incommodum esse debeat, ut in emptione, et contra, §. *cum autem, Institut. de empt. et vendit.*

X. Cum nihil istorum obstabit, quæ excepta diximus, et superior caussa per omnia concurret, quæremus quod in altera parte spectandum esse proposuimus, quodnam sit hoc genus actionis, id est, cujus rei caussa, qui-

6) Nulla dissensio; Sulcos rectos qui in unam partem vergunt, facere licet *d.* §. 5. non autem aquarios transversos *d.* §. 9. *L.* 24. §. 1. *hoc tit.* qui ἕλικες vid. A. Aug. 4. *Emend.* 16. Sed nec qui ita arat ut per sulcos et porcas, (id est elatam tellurem inter duos sulcos Pius Anton. Bartolin. *Auctar. Cap.* 16. male in vulgatis *porras* haberi scribens) aqua descendat, hac actione tenetur *d. L.* 24. *pr.*

quibus, adversus quos competat. Constituta est hæc actio duarum rerum nomine, ut opus quod factum est restituatur, et ut sarciatur damnum, quod post litem contestatam contigit. *L. si tertius*, 6. §. *officium*, *D. eod.* Ut restituatur opus: sed id quod factum est ante litem contestatam, de quo ipso scilicet restituendo actum est. Opus si post litem contestatam factum sit, de eo novo judicio agendum est. De eo quod post sententiam futurum est, damni infecti caveri oportet, aut ita opus restituendum, ut nullum periculum damni supersit. Hæc in *L. Atejus*, 14. §. *ult.* et §. *pen. D. eod,*

XI. Restitutio autem operis eo spectat, ut coerceatur, quæ opere facto nocebat, aut nocere potuit. Nec vero aliter restitutum opus videtur, quam si aqua ita coercebitur. *L. si ususfructus*, 22. §. 1. *D. eod.* Atque hinc actioni nomen; ut initio dixi. Nam arcere aquam, est coercere ac cohibere, curare denique ne influat, *d. L.* 2. §. *pen. eod.* Id autem efficitur restituto eo opere, quo fiebat, ut ita aqua influeret. Sed petitur hæc restitutio non uno modo ab omnibus iis, cum quibus hac actione agitur. Alias ut is cum quo agitur restituat ipse opus suis sumptibus, alias ut patientiam tantum præstet restituendo operi, quod actor si volet, restituet suis impensis. In quo hæc distinctio est. Si dominus opus fecit, quo aqua nocet, sua impensa tollere cogendus est. Si alius qui ad eum non pertinet, sufficit, ut patiatur actorem tollere, ut, si emptor conveniatur de eo opere, quod a venditore fundi factum est: dominus de eo, quod factum est a colono, aut fructuario, vel aliis *L.* 6. §. *ult. L. is cum quo*, 7. *L. supra*, 11. §. *apud. L. emptor*, 12. *L.* seq. *D. eod.*

XII. Quid si dominus jussus restituere opus, aut restituentem pati, non restituat, aut patiatur restitui? Non aliud hic officium judicis est, quam ut eum cum quo agitur, condemnet, ut fit in omnibus faciendi obligationibus, idque ita faciendum esse diserte scriptum est in *L. vicinus*, 24. illic, *sed etsi fossas*, *D. eod.* Est autem condemnatio in pecuniam numeratam, id est, in id quod actoris interest factum id esse quod debuit. Quæ omnium faciendi obligationum lex et condemnatio est communis. *L. si quis ab alio*, in pr. §. *ult.* in fin. *D. de re judic.* At quanti aut potius quomodo æstimabitur damnum futurum quod nondum datum est? Jurabit actor in litem deferente judice, ut tanti lis æstimetur, quanti id se æstimare juraverit, ut fit in iis actionibus in quibus restitui quid oportet officio judicis. *L.* 2. *L.* 5. *D. de in lit. jur. L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vindicat.* Ad hoc enim ipsum damnum utraque persecutio superior aperte pertinet. Restitutio quidem operis omnino: quæ non alio spectat, quam ut restituto opere, futuri temporis periculum et damnum arceatur. *L. Atejus*, §. 1. *d. L. si ususfructus*, §. 1. *D. eod.* Nam damnum si quod ante datum sit, non efficiet ulla sequentis temporis restitutio, quominus datum sit, et datum perseveret. Damnum autem quod præstatur, aperte actioni futurum est, cum non liceat agere nisi de opere restituendo, quod jam factum sit; in actionem autem non veniat, nisi id damnum, quod post litem contestatam, id est, post institutam actionem contigerit. Nam de damno præterito non competit hæc actio.

XIII. Ex iisdem præstationibus intelligimus, quod initio attigi, quam sit actio aquæ pluviæ arcendæ dispari effectu ab operis novi nuntiatione, et damni infecti stipulatione, quæ et ipsa remedia sunt ad damni futuri quod ab alienis rebus veremur cautionem comparata. Nam ut restituatur opus quod quis jure factum habet in suo, neutro ex prioribus illis præcise agitur. Ex sipulatione quidem damni infecti nullo modo: qua non cavetur ædes ruinosas, aut opus vitiosum tolli, si de vitio ad futuri damni metum constare cœperit, sed damnum tantum si quod inde contigerit, præstitum iri. Ex operis autem novi nuntiatione etsi opus postea factum restituitur interdum, non tamen semper. Satisdatione enim interposita de opere restituendo, si is qui ædificat jus ædificandi non habet; aut remissa nuntiatione quatenus ei ædificandi jus est; apparet his casibus nullam esse restitutionem operis, adversus eum qui ædificavit, si jus ædificandi habuerit. At in hac actione, opus factum, quo aqua pluvia nocere potest, restituitur omnimodo, et quidem nulla de restituendo cautione interposita, quanvis maxime constet dominum esse, qui in suo quid fecerit. Quod ad damnum attinet, ita venit in hanc actionem futurum, ut nec de eo quod actionem institutam præcessit agere liceat, tantumque id veniat; quod litem contestatam sequitur. In caussa autem damni infecti venit quidem in stipulationem damnum futurum, at non in actionem quæ ex stipulatione competit: promittit enim qui cavet, si qui damni contigerit postea, se præstiturum. At non prius committitur hæc stipulatio, proinde nec prius ex ea agendi jus est,

quam

quam damnum contigerit, ut supra docuimus.

XIV. Competit hæc actio domino ejus fundi, cui aqua nocere potest, non alii. Unde si is dominus, cui facto opere a vicino aqua nocere cœperat, qui idem habebat actionem aquæ pluviæ arcendæ, vendiderit eum fundum, cui damnum metuebatur, eveniet eodem tempore, ut prior dominus desinat actionem habere aquæ pluviæ arcendæ, novus habere incipiat. *L.* 6. §. *si quis prius, D. eod.* Nihil hic singulare aut speciale, ut Accursius putavit. Sic enim est caussa hujus actionis, ut quoniam datur aquæ pluviæ arcendæ caussa, quæ fundo nocere potest, necesse sit ei dari, qui hoc periculum metuit, quandocunque opus factum sit a vicino: et ei qui non metuit, non dari. At hoc periculum jam amplius prior dominus fundo non metuit, qui dominus esse desiit: solus metuit novus, penes quem nunc dominium est. Ita fit, ut caussa actionis sublata, desinat actio priori domino competere: incipiat competere novo, in quem actionis caussa transiit. Significaturque satis hæc ratio in *d. L.* 6. §. *si quis prius.* Quod si quis ejus fundi cui aqua nocet, neque dominus nunc est, neque prius fuit, nulla dubitatio est, quin ei non competat aquæ pluviæ arcendæ actio. Ideo nec fructuario competere eam non dubitatur. *L.* 3. §. *ult. D. eod.* Quia etsi jus habeat dominio proximum; dominum tamen non esse constat. *L. recte, D. de verbor. significat.* Hoc tamen sic acceptum est ut fructuario actio aquæ pluviæ arcendæ directa non competat, sed placeat utilem [7] dari. *L. si ususfructus*, 22. *D. eod.* Multoque magis idem dicendum est iis qui in rebus alienis instar dominorum sunt, ut sunt emphyteutæ, et qui fundos vectigales possident. Idque est quod dicitur hæc actio etiam in vectigalibus agris locum habere. *L. quod principis*, §. 1. *D. eod.* Sed quibuscunque dixerimus competere hanc actionem, hactenus his competere sciendum est, si his ignorantibus aut deceptis opus factum sit. Quibus autem patientibus, et nec per errorem aut imperitiam deceptis (nam alioqui errantis nulla voluntas est) opus factum est, placuit his vicinum hac actione non teneri. *L. Labeo. D. eod.*

XV. Ut hæc actio soli domino fundi datur, cui aqua nocere potest: ita solum et adversus dominum fundi, in quo opus factum est: quo aqua nocitura sit. *L.* 4. §. *pen.* §. *ult. L. si in publico, D. eod.* Ideo uti non datur fructuario: sic nec competere adversus fructuarium. *d. L.* 3. in fin. *eod.* Quo tamen et ipsum de directa actione intelligendum est. Alioqui ut illi datur utilis, sic et adversus eum utilem pari placuit. *L. si ususfructus*, 22. §. 1. Quocirca et adversus vectigalem dari multo magis dicendum est, quo et illud superius referri oportebit, quod dicitur hanc actionem etiam in vectigalibus agris locum habere. Hoc enim ita dictum est, ut intelligamus eam locum habere in utramque partem, id est, sive dominus agri vectigalis utatur hac actione, sive adversus eum agatur. *d. L. quod placuit*, §. 1. Quod si quis in horum numero non erit, quanvis ab eo opus factum sit, placet eum interdicto quod vi aut clam teneri posse, cæterum hac actione non teneri, ut si colonus fecerit, procurator, tutor. *d. L.* 4. §. pen. et ult. *D. eod.* Usque adeo: ut si dominus ipse postquam opus fecit, fundum vendiderit, quatenus dominus esse desiit, desinat etiam hac actione teneri: agendum autem sit cum eo aut quod vi, aut quod clam, aut ex edicto, quod est de alienatione judicii mutandi caussa facta. *L. Atejus*, 14. in pr. *L. post venditionem*, 16. *D. eod.* Additur, et de dolo actio in *d. L. Atejus.* Si annus præterierit, intra quem superiores actiones competebant. Quod et nunc locum habebit post constitutionem Constantini, qua actio de dolo intra biennium continuum constituta est, si annus præcedens utilis biennium hoc continuum non implevit, quo casu solum id tempus dabitur ad agendum de dolo, quod ex biennio continuo superest.

XVI. Sic tamen dominus qui opus fecit in suo, re alienata non tenetur hac actione, si ante litem ex hac actione contestatam alienaverit. Judicio autem aquæ pluviæ arcendæ semel suscepto perpetuatur adversus eum actio, sicut et cæteræ *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut. L.* 3. §. *idem scribit, D. de pec.* Quæ res facit, ut si fundum alienet postea, nihilominus et de damno præterito, et de opere restituendo judicari adversus eum non aliter debeat, quam deberet judicari, si nulla alienatio facta esset. *L.* 4. §. *Julianus, D. eod.* Nam quod dicitur in *L. post venditionem*, 16. in fin. eod. *si antequam noceatur, is cum quo actum sit, vendat, statim agendum cum emptore, vel intra annum cum* eo,

[7] Duarenus *hoc. tit. C.* 1. Rob. 2. *Rec. lect.* 12. *p.* 317.

eo, qui vendiderit, si judicii evitandi caussa id fecerit: in his verbis *is cum quo actum sit*, intelligere debemus eum cum quo actum sit, re jam alienata ante litem contestatam. Nam si post litem contestatam alienasset, non posset dici alienasse evitandi judicii caussa: cum judicium exinde perpetuum factum evitari non posset. Et vero de alienatione judicii mutandi caussa facta tunc solum actio est, cum alienatio facta est judicii futuri caussa, non ejus quod jam sit. *L. ex hoc*, §. 1. *D. de al. jud. mut. cau. fac.*

XVII. Si ex plurium fundo decurrens aqua noceat, vel si plurium fundo noceatur, quatenus singuli agant, et conveniantur, quæritur. Et placuit, ut sive plurium fundus sit, singuli in partem experiantur, et condemnatio in partem fiat: sive cum pluribus agatur, singuli in partem conveniantur, et in partem fiat condemnatio. Hoc in [8] *L.* 6. §. 1. *seq. D. eod.* Quod de condemnatione accipiendum est, quæ fit damni nomine, quod post litem contestatam datum est, item et operis non restituti nomine. *L. supra*, 11. §. *officium*, *D. eod.* Nam operis restitutio pro parte contingere non potest. *L.* 4. §. *ult. D. de verb. obl.*

XVIII. Ex his apparet eum qui actionem aquæ pluviæ habeat, eam propter damnum quod rei suæ metuat, habere: et qui hac actione tenetur, eum propter rem teneri, qua alienata teneri desinat. Neque ideo actio aquæ pluviæ arcendæ in rem est [9] personalis, inquit Ulpianus, *L.* 6. §. *si quis prius*, in fin. ubi cum personalem opponat actioni in rem, dubitare non possumus, quin personalis verbo eam quæ in personam est, intelligat. Et recte in personam esse dicit, cum personales tantum præstationes habeat: unam de opere restituendo, alteram de damno præstando, quarum in utraque nihil nostrum aut ad jus nostrum pertinens petimus, quod proprium est actoris in rem: sed solum quod alienum est, ut nobis fiat, aut detur, quod est actionum in personam. *L. actionum*, *D. de obligat. et act.*

CAP.

8) Vid. Cujac. 28. *Obs.* 17. et qui eum reprehendit Henr. a Suevin. *Rep. lect. C.* 26.

9) In rem tamen scripta, ut vulgo DD. quos Duar. *hoc tit.* 1. scribit non intelligere, quid sit res scripta. Nec, inquit, regula perpetua: Actiones personales inhærent personæ, reales rem sequuntur. Nec ea re distinguitur personalis a reali, sed ab obligatione. Et actio ad exibendum in personam est: datur tamen in eum qui possidet civiliter vel naturaliter, *ita* Duar.

C A P. XLIX.

Qui ex alterius persona teneantur, obligenturve: et in eo de fidejussoribus, mandatoribus pecuniæ constitutæ reis, deque eorum obligatione, quid ea propria habeat: item de exercitoria et institoria actione.

I. ATque hæc nobis ex rebus nostris onera sunt; hæ obligationes, quibus non minus obstringimur, quam si ex persona nostra conveniremur: dissimilibus tamen ex caussis, quam ex illis quatuor, contractu, quasi contractu maleficio, quasi maleficio. Est etiam cum ex aliorum persona obligamur non minus dissimilibus ex caussis. Obligamur isto modo partim volentes et consentientes, partim ignorantes et inviti. Ut ita obligemur, aut voluntas nostra facit, aut rei obligatæ possessio, aut sola conditio personæ. Ut obligemur voluntate nostra, fit partim voluntate aperta, partim tacita.

II. Voluntate aperta, cum alterius obligationem in nos suscipimus ita, non ut transferamus in nos, sed ut ei accedamus: sitque obligatio cui accedimus, principalis, nostra autem, [1] accessio. Hujus generis accessionum, seu eorum qui voluntate aperta pro aliis obligantur, tres sunt species, fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei. Qui omnes eodem pœne jure habentur, conjunguntur que in *L. ult. Cod. de constituta pecunia*, et *Novella*, 4. *de fidejussorib.*. Fidejussores sunt, [2] adpromissores, id est, qui idem promittunt, promittendo fide sua esse jubent: unde nomen. Quos homines accipere solent, dum

1) Vocatur fidejussio accessio *L.* 3. *L.* 5. *pr. L.* 32. *L.* 34. *h. t. L.* 43. *de sol.* ac sequelæ locum obtinet *L.* 96. *de sol. L.* 5. §. 16. *de instit. act.* Hering. *de Fidei. C.* 3. *n.* 29. *et seqq.* Quia suscipitur aliena obligatio, salva obligatione debitoris principalis *L.* 5. §. 2. *de V. O. L.* 5. *L.* 23. *C. h. t.* Quo differt fidejussor ab expromissore, qui obligationem alienam suscipit liberato priori reo, novatione facta, aut eo nomine non obligato cum obligari debuerit *L.* 7. §. 8. *de dolo L. ult. ad Maced. L.* 4. *de cond. ca. da. L.* 4. §. 1. *de re Jud. L.* 37. §. *ult. de op. lib.* ubi expresse distinguitur, ut et in *L.* 35. *de Contr. em.* §. 41. *I. de R. D.* atque ita reus principalis est, non accessorius, et vocatur quasi fidejussor *L.* 30. §. 1. *de pact. L. ult. D. Quod cum eo qui in al. pot.* vid. Cujac. in *Nov.* 4. Vult. *pr. I. hoc tit. n.* 5. Gœd. *de contr. stip. Cap.* 5. *n.* 16. Valent. Franc. *de Fidei. Cap.* 1. *n.* 30. *et seqq.* Henrig. *C.* 4. *n.* 21. *et seqq.* Qui vocatur vindex in veteri lege decemvirali: *Assiduo* (id est locupleti ab assibus seu ære dando Agell. 16. *Noct.* 10. Palmer. *Spicileg. Epist,* 12. *pag.* 831. vel qui alicujus loci, dignitatis, meriti, Perrenon. 1. *Animadv.* 25.) *vindex assiduus esto* qui nempe interveniendo a manus injectione et nexu liberabat reum, Gœd. *ad L.* 234. §. 1. *de V. S. n.* 1. Ræv. *ad LL.* 12. *tabb.* Cap. 9. ubi reprobat eos qui vindicis vocabulo procuratorem, ut Boet. *in Top. Cic.* vel fidejussorem, ut Rain. Cors. 2. *Indag.* 7. intelligunt. Cæterum tametsi frequens et inconsulta fidejubendi facilitas damnanda, cum patrimonia multorum exhauriat, crebroque opulentos ad egestatem redigat, Unde illa, *Comes sponsionis miseria, et Spondæ noxa præsto est.* Quo et respicit passim Rex sapientissimus Salomon *Prov.* 6. *vers.* 12. *et seqq. C.* 11. *vers.* 15. *C.* 17. *vers.* 18. *C.* 20. *vers.* 16. *C.* 22. *vers.* 26. *et seqq. C.* 27. *vers.* 13. Nec inde tamen recte in universum officium damnat Conrad. Pellican. *ad d. Cap.* 6. *Prov.* et quia, inquit, confidit homini, pro quo fidejubet, et pollicetur nimis confidenter de futuris de quibus Deus jubet ne simus soliciti. Quem satis refelluut Molinæ. *de Commerc. Quæst.* 32. *n.* 253. *et seq.* Hering. *de Fidei. Cap.* 1. Quin nec qui juravit se nolle fidejubere, violare juramentum si fidejusserit, volunt Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 62. Setser. *Lib.* 1. *de Juram. Cap.* 17. *n.* 26. *et seqq.* vid. Hering. *d. Cap.* 1. *n.* 56. *et seqq.* Sed et hoc officium gratuitum nec mercedem ab initio pro fidejussione pacisci licitum, ut contra. Valasc. *Cons.* 18. et alios Hering. *Cap.* 26. *n.* 119. *et seqq.* licet ex post facto remuneratio accedens licite accipiatur, ibid. *n.* 134. *et seq.*

2) *L.* 43. *de sol. L.* 64. §. 4. *sol. matr.* quod idem cum altero

dum curant, ut diligentius sibi cautum sit. *L.* 5. §. *satis acceptio*, *D. de verb. obligat. Inst. de fid.* in pr. Obligantur autem fidejussores [3] stipulatione. *L. blanditus*, *C. de fid.* Mandatores sunt, qui mandant creditori futuro, ut is pecuniam, exempli gratia, credat Titio, aut cum Titio aliquid aliud negotii gerat. Et deinde is aut pecuniam credit Titio, aut gerit cum eo, quod mandatum erat. Id cum factum est, incipit creditor eo nomine duos habere obligatos, Titium reum principaliter, cum quo et principaliter negotium gestum est; et mandatorem tanquam accessionem principalis ejus obligationis. Certe hic mandando, non minus pro Titio intercedit apud creditorem, quam fidejussor, nec minus facit, ut velit creditor magis debitore fidere, ejusque fidem sequi. Tantumque inter mandatorem et fidejussorem hoc interest, quod mandator quia mandat ut contrahatur postea, semper obligationem principalem præcedit: fidejussor et præcedere obligationem, et sequi [4] potest. §. *fidejussor*, *Instit. de fid.* Quia autem mandator non prius obligatur ex hac, sicut nec ex cæteris, quam creditor mandatum impleverit cum Titio negotium gerendo, apparet hic mandatorem obligari mandati actione contraria; de quo genere in mandati obligatione satis diximus. Pecuniæ constitutæ [5] reus est, qui constituit se pro se aut pro alio soluturum solo pacto: quo nomine et adversus eum est actio de constituta pecunia ex edicto. §. *de constituta*, *Instit. de act.* Et de hoc genere obligationis supra suo loco diximus.

III. Horum omnium obligationis caussa ejusmodi est, ut hac inspecta recte dixerimus eos partim ex persona sua, partim ex persona alterius obligari. Voluntatem obligationis contrahendæ si spectamus, obligantur ex persona sua, quia ex suo consensu; nec aliter obligantur, quam caussam cum aliis omnibus contractibus communem habent. Obligantur enim fidejussores stipulatione, mandatores mandato suo, qui constituerunt, sua conventione: atque his rebus contrahitur obligatio. Si spectamus propositum et finem contrahendi, obligantur ex persona alterius, quia hujus nomine intercedunt, fiuntque hujus obligationis accessiones. Qua parte multa sunt hujus generis obligationum propria, diversa ab obligatione eorum, qui ex sua persona obligantur: propter quæ de horum obligatione separatim cognoscendum est. Est autem in his hæc summa partitio. Ex his enim quædam spectantur in initio obligationis contrahendæ; quædam in solutione obligationis contractæ; quædam in ejus obligationis executione.

VI. Initio ad contrahendam istorum obligationem hæ sunt leges duæ omnium accessionum propriæ. Una, ut fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei pro quavis obligatione præcedente intercedere possit non so-

promittant Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 5. *n.* 16. ut præpositio *ad* vel augeat significationem vel pro *post* accipiatur, Herin. *C.* 3. *n.* 38. *et seq.* Tametsi idem Gœd. *ad L.* 150. *de V. S. n.* 2. adpromissorem exponat indemnitatis promissorem, qui fidejussor quidem sit, sed in eo multa specialia occurrere. Sed strictam hanc acceptionem plane respuit *d. L.* 5. §. 2. *de V. O.* Satisdari enim et accipi dicitur, non indemnitatis tantum, sed quoque et multo quidem magis, alio fidejussore dato, qui arctius obstringitur. Dicuntur et intercessores et intercessio pro fidejussione *L.* 23. *de her. vend. L.* 1. et passim *D. et C. ad Sc. Vell. L.* 24. *C. h. t. L.* 5. *C. si cer. per. L.* 3. *C. de fug. colon.* Hering. *d. C.* 3. *n.* 27. et intervenire *L.* 6. §. 2. *Mand.* et aliis *LL. citatis d. C.* 3. *n.* 28. licet utriusque significatio latius pateat, vid. *L.* 12. *C.* 29. *N.* 3. *et* 4. item actores secundi, prædes, vades *d. C.* 3. *n.* 40. *et seqq.* Et sponsores, Cujac. in *Nov.* 4. Nec recte qui sponsorem dici cum tantum, qui non rogatus pro alio intercedit, fidejussorem, qui mandante reo. Valent. Franc. *Cap.* 1. *n.* 21. *et* 2. *seqq.* et relati ab Hering. *d. C.* 3. *n.* 32. et Gœd. *d. C.* 5. *n.* 24. qui et eos refellit *n.* 33. *et seq.* post. Gœd. *d. C.* 5. *n.* 28. *et seq.* A jussione equidem et fide nomen compositum, Hering. *C.* 2. *n.* 21. *et seqq.* sed jubere hic non est mandantis, ast fidejubentis, qui jubet ut creditor sine cura, Valent. Franc. *C.* 1. *n.* 17. Inter belli duces loco fidejussorum dantur obsides, quibus conventa firmantur et muniuntur, ac securus de fide servanda accipienti redditur. Hering. *C.* 10. *n.* 281. *et seqq.* Exempla in historiis obvia. Sic Franciscus Galliarum Rex filios Franciscum et Henricum obsides Carolo V. in Hispania reliquit. Sleidan. *Lib.* 6. Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 595.

3) Et in stipulatione forma fidejussionis consistit, Hering. *C.* 11. *n.* 1. *et* 2. *per L.* 5. §. 2. *de V. O. L.* 32. *Mand. L.* 2. §. *pen.* ibi *verbis obligationis de administrat. rer. ad civ. L.* 33. §. 3. ibi: *quas stipulationum solemnis cautela vallaverit C. de Episc. et Cler.* Unde Gœd. *Cap.* 5. *Concl.* 5. definit quod sit stipulatio qua interrogatus alienam obligationem fide sua esse jubet. Et aliter definit idem genus retinens Hering. *C.* 3. *n.* 8. Quare verba requirit, nec fidejussor constituitur, qui præsens se fidejussorem nominari audit et tacet, sed qui expressim consentit, vid. Hering. *C.* 7. *n.* 32. *et seqq.* Nec inter absentes et per epistolam aut in scriptis celebratur, de quo fuse disceptat Hering. *C.* 11. *n.* 11. *et seqq.* qui tandem *n.* 76. *et seqq.* ita quidem esse jure stricto, sed hodiernis moribus, usuque forensi Germaniæ generali, æquitatis ac communis commerciorum usus intuitu, aliam formam fere induisse fidejussiones, ut non minus per epistolam contractæ efficaces sint. Sed et per Procuratorem hodie fidem interponi et accipi, idem *d. C.* 11. *n.* 90. Quin mutum quoque scriptura recte obligari, idem post alios *C.* 7. *n.* 149. *et seqq.* tametsi jure Justin. secus sit. Nam ex scriptura præsumitur quidem stipulatio §. *ult. I. h. t. L.* 30. *de V. O. L.* 1. *C. de contr. stip.* Menoch. 3. *Præsum.* 132. *n.* 4. Valent. Franc. *C.* 1. *n.* 7. *et C.* 4. *n.* 56. Sed inter personas solum quæ fari possunt et stipulationis capaces, idem Franc. *C.* 2. *n.* 25. Sane nudo pacto aut pollicitatione nihil agitur *L.* 27. *C. de Loc.* Hering. post alios *d. C.* 11. *n.* 107. *et seq.* etsi id cohæreat contractui, Valent. Franc. *C.* 4. *n.* 55. Hoc enim pars est ejus contractus cui adjicitur. At fidejussio est contractus per se et quidem proprie, vid. Hering. *C.* 3. *n.* 17. *et seqq.* stricti tamen juris *L.* 68. *pr. hoc tit.* non bonæ fidei, idem *C.* 2. *n.* 48. *et* 2. *seqq.*

4) Ita et Mynsing. *ad d.* §. 3. *n.* 2. Petr. Gregor. 24. *Synt.* 3. *n.* 5. Hering. *C.* 18. *n.* 3. addens etiam differentiam quod mandatum solo consensu peragitur, verborum solemnitatem non requirens. Quam differentiam agnoscit Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *n.* 18. *et seqq.* priorem autem repudiat eo quod et ratihabitione post sequuta mandatum contrahatur. Sed recte Hering. *d. n.* 3. ratihabitionem cedere loco mandati, mandatum non esse, adde *not. supra Lib.* 12. *Cap.* 27. *N.* 3. Sunt et aliæ differentiæ. Qui mandavit alicui credi, re integra revocare potest *L.* 12. §. *pen. Mand.* Et olim fidejussorem uno convento liberabantur cæteri secus in mandatoribus *L.* 22. *L. ult. C. hoc t.* Reo electo fidejussor liberabatur, Paul. 2. *Sent.* 17. mandator non item *L.* 13. *h. t.* vid. Henr. a Sucrin. *Repet. Lect. C.* 27. Alias in effectu similes mandatores, quia eorum fide eadem securitas datur. Non autem qui commendant pro alio intervenire censentur, licet aliud fere jure Lubecensi *Lib.* 2. *Tit.* 10. dispositum sit, vid. Hering. *d. C.* 18. *n.* 9. *et seqq.*

5) Differentiæ inter constitutum et fidejussionem hæ: Illud fit nudo pacto, ac semper obligatio sequitur, totámque in se derivare obligationem constituens potest: nec tantum pro alio, sed et pro se ipso quis recte constituit. Val. Franc. *ca.* 1. *n.* 27. *et seq.* Hering. *C.* 18. *n.* 5. Alias vero disposita de fidejussionibus in constituto locum habent, per *L. ult. C. de const. pec.* Franc. *d. C.* 1. *n.* 26.

solum civili, sed etiam [6] naturali: cæterum obligationem aliquam præcedentem [7] subesse oporteat, sine qua nulla sit istorum obligatio, quidquid erit, quantumque, et quomodocunque isti promittant. De fidejussoribus constat, traditum *Inst. de fid. L.* 1. *L.* 2. *L.* 1. *L. græce*, §. 1. 2. 3. *D. eod.* constat et de pecuniæ constitutæ reis, traditum in *L.* 1. §. penul. et ult. *L. hactenus*, *D. de constit. pecun.* Non minus et de mandatoribus idem intelligendum est. Hæc enim est conditio mandati, ut qui mandavit, non aliter obligetur mandatario, quam si ille perfecerit mandatum, et quatenus perfecerit. *L. si mandata*, 45. in prin. *D. mand.* Ea res declarat, nisi creditor futurus, cui de pecunia Titio credenda mandatum erat, cœperit Titium ex ea caussa sibi debitorem habere, nullam ei actionem esse mandati adversus mandatorem, idest, nullam mandati, nisi præcedente obligatione principali cum Titio contracta.

V. Altera lex est affinis superiori, et ex eodem fonte nata, ut quæcunque et qualiscunque obligatio principalis præcesserit, possint qui pro aliis obligantur, in leviorem caussam [8] accipi, in duriorem non possint: quia sint accessiones principalis obligationis, nec possit in accessione plus esse, quam in re principali. *L. græce*, §. *illud*, *D. de fid.* §. [9] *fidejussores*, *Inst. eod.* Intelligitur autem in hac re durior istorum conditio, cum id agitur, ut plus debeant, quam debet is pro obligantur. *d.* §. *fidejussores*. Nam quominus efficacius obligentur, dum debito accedant, nihil prohibet. Unde et obligationi naturali accedere possunt: ubi tamen cum ex obligatione naturali nulla sit actio, tamen fidejussor ex stipulatione jure civili [10] obligatur. De fidejussoribus maxime superior lex tradita est. Sed non minus et ad pecuniæ constitutæ reos pertinet. *L. id quod*, *D. de pec. const.* Nec minus ad mandatores, cum quibus diximus agi non posse, nisi de eo quod is

6) Quare et servus recte fidejussorem accipit *L.* 25. *de stip. serv.* tametsi servus non recte fidejubeat *L.* 19. *et seq. h. t.* Hering. *C.* 7. *n.* 292. *et seqq.* Pater autem filio natura, obligatus non recte ei præstat fidejussorem *L.* 56. §. 1. *h. t.* vid. *d. C.* 7. *n.* 71. *et seqq.* Huc putant vulgo pertinere *L. Marcellus* 25. *h. t.* quam varii varie exponunt, Don. *ad L.* 6. *de V. O. n.* 15. Charon. *ibid.* Cujac. *ibid. et ad L.* 19. *de usuc.* Baro *in L.* 32. *de pact.* Loriot. *ad L.* 3. *et* 2. *seqq. de R. I.* Rob. 2. *Rec. Lect.* 34. Ræv. 2. *Var.* 9. Cont. 2. *Subsec. Lect.* 3. P. Fab. *ad L.* 5. *et ad L.* 129. §. *I. de R. I.* Ant. Fab. 8. *Con.* 5. P. Greg. 24. *Synt.* 3. *n.* 29. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 23. M. Lycklama 6. *Menbran.* 8.

7) Non accedit obligationi nulli *L.* 16. *pr. h. t.* Exempla *L.* 29. *L.* 47. *L.* 56. *pr. h. t.* Hering. *C.* 10. *n.* 18. *et seqq.* etsi jurisjurandi religio accesserit, quia ejus vis non est ut aliquid faciat fingatque quod nec usquam est, nec futurum erit. Hering. *d. C.* 10. *n.* 94. His consequens videri poterat quod qui fidejussorem præstat, eo ipso se debitorem fateatur. Contra tamen recte statuit Hering. *C.* 5. *n.* 158. *et seqq.* arg. *L.* 9. *de except. L.* 33. *de judic. L.* 12. §. 1. *de acq. poss. L.* 37. *Fam. erc. et simil.* Accedit autem cuicunque obligationi regulariter, vid. Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *Concl.* 23. honestæ tamen, licitæ, juris auctoritate suffultæ, Hering. *C.* 10. *n.* 35. *et seqq.* Et omni negocio ut sigillatim demonstrat Hering. *d. C.* 10. *fere toto*, etiam si jure non debeatur, sed judicis officio *d. C.* 10. *n.* 12. *et seqq.* itemque in caussis ultimarum voluntatum, (sic malo loqui quam ut Hering. in ultimis voluntatibus) Hering. *d. C.* 10. *n.* 304. *et seqq.* Sed nec in criminalibus penitus arcentur, vid. Menoch. *Arb. C.* 303. Gœd. *d. Concl.* 23. *n.* 392. *et seqq.* Valent. Franc. *C.* 3. *a n.* 201. *usque ad n.* 314. Hering. *C.* 10. *n.* 395. *usque ad n.* 456. Bronch. 4. *Ass.* 58. Farinac. *Lib.* 1. *Pr. crim. Tit.* 8. *Q.* 38. Quin et accessoriæ obligationi accedit, cum fidejussor pro fidejussore accipi possit *L.* 8. §. *ult. h. t.* sicuti et pignus pignoris consistit, Hering. *C.* 4. *n.* 48. *et seqq.* Nec sic accessio accessionis; nam quæ accessoria obligatio respectu prioris, eadem principalis ratione posterioris. Excepta autem præcipuæ caussa dotis conservandæ, in qua fidejussio nec ab uxore socerove exigi, nec etiam a marito sponte præstari potest *L.* 1. *et* 2. *C. Ne fidei. dot.* Quantumvis enim quoad posterius hoc diss. Duar. *ad tit. Sol. matr. C.* 4. aliique, quos refert Hering. *C.* 6. *n.* 155. rationi tamen Imperator. in *d. L.* 2. omni casu locus est, vid. Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *n.* 360. *et seq.* Valent. Franc. *C.* 4. *n.* 314. *et seq.* pulchre Hering. *C.* 6. *n.* 104. *et seqq.* Gomez. *in L. Tauri* 50. *et* 3. *seqq. n.* 26. Bald. *Novell. de dote privil.* 21. Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *C.* 21. Toming. *Decis.* 58. Fachin. 8. *Contr.* 76. Aliud in pignore *L.* 7. §. 6. *de don. int. vir. L.* 1. *Qui pot. in pig. L.* 45. *Sol. matrim.* quia id loco rei cedit, non ut fidejussor loco debitoris, Scipio Gentil. 1. *de Don. int. vir. C.* 21. Nec in eo dando contumelia est eadem, nec in reperiendo difficultas, nec idem incommodi metus. Non enim æque pignora petent se liberari, labescentibus rebus mariti, uti fidejussores, Hering. *d. loc. n.* 136. *et seqq.* Sane et contrahendæ obligationi sæpe accedit, ac ita principalem præcedit §. 3. *I. L.* 6. §. *ult. D. h. t.* Sed tunc vires accipit fidejussio non ex tempore stipulationis interpositæ, verum trahitur ad tempus obligationis principalis *L.* 57. *h. t.* Conna. 6. *Com.* 6. *n.* 10. Vult. ad *d.* §. 3. *n.* 2. ac interim ejus jus in pendenti est *L.* 16. §. *pen. h. t.* præceditque magis quoad conceptionem verborum, quam quoad effectum. Quin et juris intellectu semper posterior habetur, sicuti et codicillus sequela testamenti, etsi ante id conditus sit, Hering. *C.* 11. *n.* 186. *et seqq.* Et ante contra fidejussorem agens incidit in pœnam plus petitionis, Hering. *C.* 22. *n.* 21. *et seqq.*

8) In partem enim pecuniæ vel rei accipi potest *L.* 9. *h. t.* nec opus ut eandem summam debeat, Hering. *C.* 10. *n.* 67. Ejusdem autem rei nomine, totius vel partis, necesse est interveniat, alias nihil agitur, si in aliam obligationem accipiatur, ut si pro debitore fundi quis fidejubeat de Sticho etc. *L.* 8. §. 8. *L.* 42. *h. t. et simil.* vid. Hering. *C.* 24. *n.* 19. Ad interesse vero seu pecuniam intercedere potest, si principalis factum debeat, quia idem promitti censetur, non aliud. *d. C.* 24. *n.* 26. *et seq.* et Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *n.* 441.

9) Non potest plus debere re, loco, tempore vel caussa, Hering. *C.* 24. *n.* 31. *et seqq.* Nec quidquam hic aget juramenti accessio ut in plus teneatur, quam principalis, quia juramentum etsi robur ac firmitudinem addat contractui, non tamen per id contractus a natura sua degenerat, Vasq. 1. *Contr.* 40. *n.* 7. Setser. *Lib.* 1. *de juram. C.* 25. *n.* 39. *et seq.* diss. Hering. *C.* 24. *n.* 145. Sed num in ampliorem summam acceptus tenetur saltem pro parte concurrente? Quæstio anceps ob par fere utrinque et auctorum patrocinium et rationum pondus, ut videre est ex adductis hinc inde ab Hering. *C.* 24. *n.* 52. *et seqq.* Cui affirmans sententia magis placet *n.* 65. *et seqq.* Et recte per *L.* 22. *C. h. t. L.* 33. *Mand.* et inprimis *L.* 11. §. 1. *de const. pec.* Quæ licet de constituto loquatur. Unde ad eam Vasq. 1. *ill. Contr.* 40. *n.* 5. alias consentiens responderi posse putat, sæpe etiam paribus causis dispar jus constitutum reperiri, nec argum. ex *L.* 32. *ad L. Aq.* procedere nisi in dubio, quod tamen duriusculum mihi videtur semper, imo putanti diversi juris in casibus, qui videntur affines, diversitatem rationis, saltem civilis assignari posse, nec etsi non a nobis queat, ideo nullam esse *L.* 20. *de LL.* (tamen *L.* 8. §. 7. *h. t.* verba generalia, *in universis qui pro aliis obligantur*, convincunt decisionem *d.* §. 7. non minus ad constitutum pertinere.) Quare *d. L.* 8. §. 7. qua se præcipue firmant qui diversum sentiunt, necesse est non tam huic sententiæ adstruendæ quam pugnæ LL. evitandæ, ita interpretai ut verba *omnino non obligari*, significent idem quod non omnino, id est *non in solidum*, ceu in simili omnes non, pro non omnes *L.* 9. *si quis caution. L.* 5. §. 6. *de op. novi nunc.* Duar. *ad d. L.* 5. §. 6. *et ad L.* 1. §. 4. *de V. O.* Gifan. *ibid.* Baro. *in* §. 5. *I. h. t.* et Mynsing. *n.* 8. Gilb. Reg. 2. *Enan. ultim.* Eman. Soarez. *in annot. ad Gomez.* 2. *Resol.* 13. *lit. A.* Bron. 4. *Ass.* 53. Quin imo P. Fab. *ad L.* 14. *de R. I. cir. fi.* quod in *d.* §. 7. *in fi.* habetur pro reo conditionali fidejussorem pure acceptum non obligari, sic exaudit: scilicet pure: sub conditione autem ea, sub qua reus debet, obligari sentit arg. *L.* 49. §. *ult. et L.* 70. *in fin. pr. h. t.* et quia in dubio facienda interpretatio ut actus subsistat, et quia nulla fit injuria fidejussori, qui voluit fidem pro reo suam adstringere. Diss. Conna. 6. *Comm.* 6. *n.* 8. Gœd. *de Contr. stip. C.* 4. *n.* 74. *et seqq.* Valent. Franc. *de Fidei. Cap.* 4. *n.* 90. *et seqq.* Fach. 8. *Contr.* 51. et quodammodo M. Lycklama 6. *Membran.* 16.

10) Vid. *suprà N.* 7. Item fidejussor potest se obligare jurisjurandi religione vel cum hypotheca, licet principalis simpliciter. Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 1. vid. Hering. *C.* 24. *n.* 111. *et seqq.* Treutler. *Vol.* 2. *Disp.* 28. *Th.* 4. *lit. F.*

is debet, cui mandatu eorum pecunia credita est, et quatenus est credita. Denique hi omnes cum sint accessiones, eadem lege, et eodem jure accessionis tenentur, quo fit, ne plus sit in accessione, quam in re principali. *d.* §. *fidejussores*, *Inst. de fid.* Ideo et de iis qui pro aliis obligantur, generaliter superior lex concepta est in *d. L. græce*, §. *illud*, *de fidejussor.*

VI. In solutione et liberatione obligationis, qua superiores accessiones tenentur, commune hoc cum cæteris debitoribus, ut ex persona sua liberari non possint, nisi solvendo, aut creditori satisfaciendo, et, ut scribit Paulus, non possint facto suo tollere obligationem. *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *D. de verbor. oblig.* At ex persona eorum, quorum nomine obligantur, quoniam ex eorum obligatione accessio pendet, hoc consequuntur sine ullo facto suo, ut liberato principali debitore, liberentur sua sponte et ipsi qui sunt accessiones. *L. in omnibus speciebus*, 43. *D. de solution.* De quo genere liberationis amplius dicendum est postea, cum de liberationibus et solutionibus disseremus.

VII. Exsecutionem obligationis, vocamus, cum obligatio ad rem et persecutionem juris sui confertur, id est, cum convenitur qui obligatus est. *L. in exsecutione*, *D. de verb. obligat.* In hac exsecutione duo beneficia fidejussoribus tributa sunt constitutionibus, [11] ordo conveniendi rei principalis, et fidejussoris; et inter plures ejusdem obligationis fidejussores actionis divisio. In ordine conveniendi rei et fidejussoris, si quidem conventionem sequeremur, hoc postulabat obligationis conditio, ut quoniam fidejussor simpliciter et sine ulla conditione promittit, liberum esse deberet creditori, utrum vellet prius convenire, reumne principalem, an omisso reo fidejussorem. Et ita etiam jus olim [12] fuit ante constitutionem Justiniani. *L.* 3. in prin. *L. jure. C. de fid.* Hic primum beneficium ordinis humanitatis caussa fidejussoribus datum Novella Justiniani, item reliquis accessionibus, ut prius reum principalem conveniat creditor, si videtur; ad fidejussores autem et mandatores, aut pecuniæ constitutæ reos prius pervenire non possit, quam si non possit aliter ad jus suum pervenire.

VIII. Quod duobus casibus accidit, quibus et ille conveniendi fidejussoris potestatem fecit. Uno, si absit reus, quo casu ita voluit fidejussorem conveniri, ut tamen si desideret sibi tempus dari, intra quod evocet, et adducat reum primo conveniendum: placeat ei quod satis sit dari, quod judex pro locorum distantia, et itinerum difficultate aut commoditate statuet, ea lege: ut eo tempore transacto cogatur fidejussor respondere creditori, et condemnatus satisfacere. Alter casus est, si præsens reus non sit solvendo, ut quatenus solvendo non est, eatenus conveniatur fidejussor, sive in totum, sive in partem. Sed de eo prius debet constare, reum non esse solvendo. Quod quoniam non aliter potest constare, quam si convento et condemnato prius reo, discussis in exsecutione judicati ejus facultatibus, et bonis quæ erant, venditis, compertum sit bona non sufficere æri alieno: ideo ex eadem constitutione nec præsente reo prius perveniri potest ad fidejussores, quam conventus sit reus, et ejusmodi discussione bonorum habita, constiterit eum non esse idoneum. [13] Hæc Justinianus in *Novell* 4. *de fidejussorib.* §. *si quis igitur*, et §. *non solum.* Cujus constitutionis summa comprehensa est in *authen. præsente. Cod. de fidejussorib.*

IX. Ratio quidem juris summi hoc exigebat; ut quam conditionem semel accepisset fidejussoris obligatio; ea ad extremum servaretur creditori, neque eam invito eo immutare liceret, uti nec licet immutare eam, quæ po-

11) Quia servato ordine, in conveniendo prius principali progrediendum, qui pervertitur prius convento fidejussore. Excussionis, quia inquiritur in bona, eaque discutiuntur, ut sciatur an creditori ex iis satisfieri possit. Sic excutere vires alicujus *L.* 42. *Mand. etc.* Hering. *C.* 27. *P.* 1. *n.* 22. *et seqq.* De quo cui, quando, quo casu tribuatur Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 14. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 40. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 9. *n.* 95. *et seqq.* Gutierez. *de Juram. Confirmat. P.* 1. *Cap.* 23. Jo. Bapt. Costa *de Facti scient. aut ignor. Distinct.* 84. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 4. §. 7. Fachin. 8. *Contr.* 52. *et* 4. *seqq.* Gail. 2. *Obs.* 27. *et seq.* Tessaur. *Decis.* 50. *et seqq. et Decis.* 166. Frider. Pruckman. *Cons.* 3. *Vol.* 2. fuse Vinc. Caroc. *de Excuss. bonor.* Hering. *de Fidei C.* 27. *P.* 1.

12) Don. *ad L.* 2. *C. h. t.* Hering. *d. C.* 27. *P.* 1. *n.* 9. Cujac. tamen in *Nov.* 4. eo jure ut prius conveniatur debitor quam accessiones, semper usum fuisse fiscum *L. Moschis* 47. *de I. fis. L.* 1. *C. de conven. fisc. deb.* et Rempublicam inconveniendo prius magistratu quam fidejussoribus *L.* 3. §. *ult. de adm. rer. civ.* Privatos eo uti desiisse, data constitutionibus electione conveniendi principalem vel accessiones, vel hypothecarum possessores *L.* 14. *L.* 24. *C. de pig. etc.* Quæ ex Cujacio non laudato tradit Hortens. *ad L.* 13. *C. de pig. pag.* 264.

13) Sunt et aliæ exceptiones quas prosequitur Hering. 4. *C.* 27. *P.* 1. *n.* 186. *et seqq.* Inter quas et illa si scienter et dolose se fidejussisse negaverit et mendacii convinctus, arg. *L.* 10. §. 1. *h. t.* Tessaur. *Decis.* 50. Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 14. Hering. et quos citat *d. P.* 1. *n.* 210. *et seqq.* Item ex quorundam sententia si jurato fidejusserit, quæ tamen pugna non caret, vid. Gail. 2. *Obs.* 27. *n.* 22. *et seqq.* Caroc. *de Excuss. P.* 2. *Q.* 15. *n.* 6. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 59. *n.* 1. Moll. 1. *Semestr.* 16. Fach. 3. *Contr.* 15. Setser. *Lib.* 1. *de Juram. Cap.* 25. *n.* 61. *et seqq.* Hering. *Cap.* 27. *P.* 1. *n.* 36. *et seqq.* Val. Franc. *Cap.* 5. *n.* 386. *etc.* Nec minor contentio est num hoc beneficio gaudeat qui se obligavit ut principalis. Negantem post Gail. 2. *Obs.* 28. et alios firmat Hering. *d. P.* 1. *n.* 67. *et seqq.* Flores Diez. *Var. QQ. Lib.* 1. *Q.* 11. Curt. 1. *Conject. ad Viv.* 13. Sed affirmans placuit Augusto Sax. Electori, *Nov. sua* 18. *P.* 2. camque tuetur Cothm. *Jur. Resp.* 22. Num huic exceptioni locus inter mercatores? Fach. 8. *Contr.* 53. Hering. *d. lo. n.* 282. *et seqq.* affirmans contra communem. Sane etsi fidejussor ita acceptus, Si Titius intra diem præscriptum non solverit, reus prius excutiendus, Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 53. Et si inquietetur fidejussor, principali solvere parato, injuriam actionem dari, Hering. *Cap.* 22. *n.* 50. *et seqq.* Quid si dum non diu stetit obligatio fidejussoria, creditor monitus a fidejussore dum veretur reum lapsurum facultatibus ut debitum exigat id neglexit, vid. Hering. *Cap.* 20. §. 15.

pro debitore constituta sit. *L. vero*, 12. *D. de sol.* Sed humanum est, dum creditor suum consequatur, potius conveniri principales reos, quam eos qui officii tantum caussa intervenerunt, et velut subsidio, ne quid creditori de eo quod debetur, deperiret. Quod creditori non nocet, et fidejussoribus prodest, humanum et æquum est in fidejussoribus tribui. *arg. in L.* 2. §. *quamquam*, *D. de aq. plu. arc. act.* Et eo magis fidejussoribus quam aliis, quia præcipue hoc æquum est, dare operam ne cui officium suum sit damnosum. *L. si servus*, §. *quod vero D. de furt.* Humanius etiam ex eo, quod nisi hoc beneficio proposito non facile debitor inveniat fidejussores, ac sine his non facile reperiat, qui sibi pecuniam credat. Sane si quis fidejussor pro alio intercesserit hoc modo, ut promitteret, quanto minus creditor a Titio debitore consequi posset: efficitur ipsis verbis stipulationis, ne prius conveniatur, quam si conventus fuerit reus principalis, sive præsens sit, sive absens, et sententia adversus eum dicta, ac discussis ejus bonis constiterit eum non esse solvendo [14] *L. decem*, *D. de verbor. obligation.*

X. Divisionis [15] beneficium inter plures fidejussores [16] epistola quadam Hadriani Imperatoris jam olim constitutum: et hoc ipsum humanitatis caussa præter formam et conditionem obligationis, quæ ex verbis nascitur. Nam in pluribus ejusdem pecuniæ fidejussoribus singuli solidum promittunt, quod reus debet. Itaque conveniebat stipulationi, ut qui solidum promisit, ut debet solidum, ita et solidum solveret. Et quidem hæc obligatio est summo jure inter plures fidejussores: quæ etiam nunc manet. Sed Hadrianus primus æquitate rei motus epistola illa quam dixi, beneficium divisionis fidejussoribus tribuit, non simpliciter, ne fiat creditori injuria; sed hac lege, ut si tempore litis contestatæ, quo tempore cum uno ex fidejussoribus agitur, alii solvendo [17] sint; possit implorare is, qui conveniturˏ ne ultra quam pro parte conveniatur, in eamque rem ex superiore epistola exceptionem habet. §. *si plures*, *Instit. de fid. L. inter plures*, *D. eod.* Beneficium ut humanitatis, ita et æquitatis plenum. Nam cum fidejussores pro alio officii caussa interveniant: danda fuit opera, ut quoad ejus sine incommodo creditoris fieri potest, quam minime hoc officium fidejussoribus sit damnosum. Est enim hoc æquissimum. *L. si servus*, §. *quod vero*, in fin. *D. de furt.* Atqui divisione obligationis ita constituta ut supra, hoc ipsum accidit. Sublevat enim hæc divisio fidejussores, quos in partem debiti exonerat: creditori autem non nocet, cum admittatur hac conditione, si tempore litis contestatæ omnes solvendo sint. Quæ res facit, ut si quidam solvendo initio cum essent, ante solvendo esse desierunt, hoc creditori non noceat, sed hactenus cæteros fidejussores oneret. *d.* §. *si plures*, *d. L. inter plures, de fid.* Quod si cum omnes tempore litis contestatæ solvendo essent, uno postulante divisa sit inter eos actio, et quidem postea solvendo esse desierint: efficitur quidem superioribus verbis, ut res ad onus ejus qui solvendo est, non pertineat, ne beneficium partis illi ex epistola semel quæsitum ei auferatur. *L. inter eos*, §. *pen. D. de fid.* Sed tamen ne hoc quidem damnosum videri debet [18] creditori. Potuit enim cum omnes solvendo essent tempore divisæ actionis, omnes pro parte convenire, et suum consequi. Quod si non fecit, et quidam interim facultatibus lapsi sunt, culpa ejus est. Quod quis culpa sua damnum sentit, sentire non videtur, ut est regula juris. *L. quod quis ex culpa*, *D. de reg. jur.*

XI. Sed hoc beneficium conditionem habet, si fidejussor tempore litis contestatæ dividi actionem postulet. Qui si omissa hujus beneficii [19] exceptione judicium in solidum acceperit, beneficium frustra repetet postea, sed solidum cogetur solvere, uti et solidum ipso

14) *Qui* vulgo fidejussor indemnitatis, de quo et *L.* 21. *de sol. L.* 52. *pr. L.* 63. *h. t. L. ult. de reb. cred.* Atque hic exceptionem excussionis habet, non ex beneficio, sed natura conventionis, quia conditionalis debitor est. Gœd. ad *L.* 150. *de V. S. n.* 3. ideoque nec si omni legum beneficio renunciaverit, conveniri ante principalem potest. Vasq. *Ill. Contr.* 33. *n.* 7. Parlador. 2. *Rer. quotid. Cap. fin. P.* 4. §. 7. *n.* 9. *et* 10. Val. Franc. *Cap.* 5. *n.* 169. Hering. *C.* 27. *P.* 1. *n.* 142. *et seqq.*

15) Confidejussores, qui in eandem summam se obligarunt, non si diversarum stipulationum fidejussores *L.* 43. *L.* 51. §. 2. *h. t.* Hering. *Cap.* 27. *P.* 2. *n.* 2. qui et consponsores dici possunt, idem *Cap.* 4. *n.* 64. *et seq.*

16) Immo ex edicto Prætoris Paul. 1. *Sent.* 20. §. *un.* Resp. Hopper. *Lib.* 4. *πειθανῶν pag.* 123. Hadrianum non tam invenisse, quam confirmasse hanc divisionem, ita ut cum prius ex æquo et bono per Prætores concederetur *L.* 6. *de fid. tut.* nunc fortius per exceptionem, sed beneficio principis competat. Sed Hering. *Cap.* 27. *P.* 2. *n.* 12. *et seq.* locum Pauli de edicto perpetuo accipit, cujus auctor ipse Hadrianus, id per Salvium Julianum componi curavit. Jus igitur hoc epistolæ D. Hadriani in edictum perpetuum relatum fuisse.

17) Sed num alleganti probandum confidejussores esse solvendo? Ita vult Vinc. Caroc. *de Excuss. bon. P.* 2. *Q.* 1. *princ.* Cautionem autem offerre potest ut suo periculo confidejussores conveniantur *L.* 10. *pr. h. t.* Vid. de hoc beneficio Hering. *Cap.* 27. *P.* 2. Amittitur infitiatione fidejussionis *L.* 10. §. 1. *h. t.* item juramenti accessione, Caroc. *d. Q.* 1. *n.* 28. Habet autem hoc beneficium etiam qui se principalem constituit *L. ult. C. de const. pec.* vid. Hering. *d.* 2. *n.* 35. *et seqq.* item fidejussor fidejussoris ibid. *n.* 25. *et seq.* Quid autem si se singuli in solidum obstringant. Idem est *L.* 3. *C. h. t.* ubi Don. *n.* 7. vid. Hering. *C.* 17. *n.* 50. *et seqq.*

18) Sibi enim imputet creditor cur non tempore quo solvendo reliqui fuerunt, eos convenerit.

19) Num autem hæc exceptio dilatoria an peremptoria, et quo tempore opponenda tractat Hering. *Cap.* 28. *n.* 29. *et seqq.* qui *cit. C.* 27. *P.* 2. *n.* 15. refellit Pichardum putantem etiam per viam actionis hoc remedium competere.

ipso jure debuit. Qui si solverit, nullam habet adversus confidejussores de parte actionem. *d.* §. *si plures, Inst. de fid. L. ut fidejussor. D. eod.* Ita tamen, nisi ei creditore actiones [20] cessæ sint: quod ut fiat, jure ab eo desiderare potest priusquam solverit, nec alia conditione solvere cogitur. *L.* 2. *L. cum alter*, *C. de fid.*

XII. Sed hæc beneficia ut alia omnia jure tributa ita sunt, nisi si his fidejussor pacto renuntiaverit; renuntiando [21] amittet. *L. pactum*, *D. de pact. L. pen. C. eod.* Hinc cautio consultorum creditorum molestias reum prius excutiendi, et divisæ actionis incommodum metuentium, usitata notariis instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuntient omni beneficio ordinis, discussionis, divisionis, quo liberum sit creditori, quos velit ex promissoribus, sive reum, sive fidejussores singulos, et quatenus velit, convenire.

XIII. Voluntate tacita ex persona alterius quanvis maxime extranei placuit obligari genera personarum duo, exercitorem navis, tum exercitorem tabernæ aut alicujus negotiationis. Prioris obligatio hæc est. Si quis quem magistrum navi præposuerit, quod cum [22] magistro ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit, de eo in exercitorem actio datur edicto prætoris, quæ ab eo in quem datur exercitoria appellatur. Hæc summa in §. *eadem, Instit. quod cum eo.* Edicti autem verba hæc fuerunt: *quod cum magistro navis ejus rei nomine, cujus ibi præpositus est, negotium gestum erit, de eo in exercitorem judicium dabo.* Illa verba, *quod cum eo*, intelliguntur ex *L.* 1. §. 1. et seqq. §. *navem*, *D. de exercit.* Illa, *ejus rei nomine*, et cætera indicantur aperte in *d. L.* 1. §. *non autem.* Illa, *negotium gestum erit*, significantur in *d. L.* 1. §. *non tamen*, vers. *quid si mutuam, et* §. *quamquam*, sic sunt in edicto, quod extat in *L.* 1. §. 1. *D. de pecul.* Illa, *in exercitorem judicium dabo*, intelliguntur ex *d. L.* 1. §. *non autem*, et §. *exercitorem*, *de exercit.* Est autem exercitor navis is qui navem suo commodo exercet: idest, is ad quem quotidianus navis quæstus, obventiones et reditus omnes pertinent. *d.* §. *eadem*, *Instit. quod cum eo*, *L.* 1. §. *exercitorem*, *D. de exercit.* Magister navis is, cui totius navis cura mandata est, sive hunc exercitor præposuit, sive magister prior. *L.* 1. §. 1. §. *magistrum autem*, *D. eod.* Qui tabernam aut negotiationem aliquam exercet, etiam adversus hunc prodita est actio edicto prætoris eo nomine, si quid cum institore quem præposuit, ejus rei caussa cui institor præpositus erit, contractum fuerit: atque hæc ab institore qui præpositus est, institoria nominatur. Hoc in *d.* §. *eadem*, *Instit. quod cum eo.* Est autem institor, qui tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præpositus est: dictus ex eo, quod negotio gerendo instet. *L.* 3. 4. 5. *D. de institor.* Itaque prior actio ab eo qui præposuit, exercitoria dicta est: posterior ab eo, qui est præpositus, institoria.

XIV. An quod magis et notabilius teneatur priore actione dominus, qui magistrum præposuit navi; quam posteriore dominus, qui præposuit institorem tabernæ? aut an quia minus est in administratione magistri, qui navi regendæ adhibitus est; præstantius autem aliquid in institore, qui præpositus est negotiationi? Nihil horum his nominibus caussam dedit, sed solum [23] commoditas sermonis, quæ hanc inclinationem verborum requirebat. Ab utro autem appellaretur utraque actio dominone, an eo, qui præpositus est, dum ab uno notata intelligeretur, ad rem nihil interest. Ab exercitore recte dicitur exercitoria; a magistro autem non recte magistralis, certe non ex usu latinorum. Rursum ab institore recte dicitur institoria, eadem analogia, qua ab exercitore exercitoria. Ab eo autem qui institorem præposuit, ne no-

20) *L.* 36. *h. t.* idque non ex communi jure aut potestate obligationis, sed æquo et bono, arg. *L.* 2. §. 5. *in fin. de aq. pl. arc.* Don. ad *L.* 2. *C. h. t. n.* 2. Vid. de beneficio cedendarum actionum Coler. *de Proc. exs. P. C.* 2. *n.* 11. *et seqq.* Heig. *P.* 1. *Q.* 38. H. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 48. Io. Kopen. *Decis.* 5. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 9. *n.* 114. *et seqq.* Parlador. 2. *Rer. quotid. Cap. fi. P.* 4. §. 6. Hering. *Cap.* 27. *P.* 3. et quo tempore cessio fieri debeat *Cap.* 28. *n.* 34. *et seqq.* Dissent. Ant. Fab. 11. *Con.* 15. nove ceu Paradoxon adstruens exceptionem hanc non competere posse fidejussori, sive soli, sive confidejussori habenti.

21) Vid. Hering. *Cap.* 17. *n.* 28. *et seqq. Cap.* 27. P. 1. *n.* 86. *et seqq.* De vi generalis renunciationis, Valent. Franc. *Cap.* 5. *n.* 364. *et seqq.* Mod. Pist. *P.* 4. *Q.* 165. Toming. *Decis.* 1. Jo. Kopen. *Q.* 53. Ex constitutione Elect. Sax. D. Augusti 17. *P.* 2. ea non sufficit, sed specialis expressio requiritur, nominatis tamen quibusdam generalis nunciatio subjecta efficit ut et non expressa denegetur. Quin etsi beneficio ordinis specialiter renunciatum sit, si tamem æque facile exsecutio in bona debitoris fieri possit, fidejussori subveniendum esse tentat Hering. *Cap.* 22. *n.* 57. *et seqq.* Non tolluntur hæc beneficia per clausulam consuetam *ἄνευ δόλȣ καὶ ἀπάτης Alles treulich und sonder gefarde* Moll. *ad nov. Elect. Sax.* 18. *P. n.* 3. Hering. *Cap.* 17. *n.* 25. Pruckman. *Vol.* 2. *Cons.* 3. *n.* 113. *et seq.*

22) Elius rei caussa cui magister præpositus est *L.* 1. §. 7. *de exerc. act.* vid. Duar. *ad h. t. D.* Cujac. 8. *ad Afric. in L. ult. h. t.* Confer Benvenut. Straccha *Tr. de Nautis.*

23) Ita et Don. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 13. Institor autem dictus quod negocio gerendo instet *L.* 3. *h. t.* Scipio Gentil. *Orig. Lib. sing. pag.* 320. est qui negocio præpositus, quod rerum permutatione constat, ubi unus dat et vicissim accipit, ut in emptione, quod declarant exempla *L.* 5. *h. t.* Qui igitur pretiis mutuis accipiendis, proprie institor non est, quia in mutuo unus tantum accipit. Unde hic actio utilis, ad exemplum institoriæ, non directa *L. pen. pr. D. L. pen. C. hoc tit.* Item si non principaliter, sed per consequentiam distrahendis mercibus constitutus, ut in *L.* 16. *h. t.* Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 16. De obligatione domini ex contractu institorum, quos hodie factores fere usurpamus, Io. Kœpen *Decis.* 21. Everhard. Jun. *Vol.* 2. *Cons.* 6.

nominari quidem potuit, quia in hoc negotio ei qui præposuit aliquem tabernæ aut negotiationi nullum nomen est latinis, nisi communi illo velimus appellare exercitorem, ut et hæc dicatur exercitoria, quam a priore distinctam esse volumus.

XV. Unde ergo hæ actiones ex contractu alieno, et persona alterius adversus eos, qui obligationem cum alio contractam aperta voluntate in se non susceperunt? Non sane ex conditione personæ eorum, adversus quos hæ actiones sunt proditæ, quasi teneatur solum excercitor aut dominus negotiationis ex persona servi sui aut filii quem in potestate habet, cum hos navi magistros, aut negotiationi institores præposuerunt; tenentur enim ambo his actionibus, etiam si navi aut tabernæ præposuerint liberos homines et maxime extraneos. *d.* §. *eadem*, in fin. *Inst. quod cum eo*, *L.* I. §. *cujus*, *D. de exercit.* *L.* 7. *D. de instit.* Restat, ut sint ex eo, quod isti magistrum et institorem præponentes, hoc animo esse videntur, ut velint in ea administratione omnia eorum quos præposuerunt facta præstare, ne contrahentes decipiantur; certe ut præstent, æquissimum est, ut quorum ex contractu commoda publice capiunt, eorum quoque in eadem caussa facta agnoscant: rationes redditæ in *L.* I. §. *magistrum autem*, *D. de exercit.* *L.* I. *D. de institor.* Sed tacita hæc voluntas est, non aperta: neque enim si cui negotium do, ut meo nomine fundum emat, continuo me ei teneri volo, a quo ille emerit. Nec si quem procuratorem mihi constituo, idcirco teneri volo iis omnibus, qui cum procuratore meo quid gesserint. Verum in publica opera quæ alicui mandatur superioribus præpositionibus, conjectura voluntatis admissa est propter utilitatem. *d.* *L.* I. §. *magistrum autem de exercitor.* Nondum tamen satis caussæ in hac voluntate ad actionem ex contractu extranei adversus dominos negotii introducendam. Nam etsi maxime vellem teneri ex contractu alterius, quanvis meo nomine gesti, et aperte id dicerem: non tamen eousque valet hæc voluntas ex regulis juris, ut extraneo obliger, cum quo nihil contraxi. Quapropter ut exercitor navis exercitoria, dominus qui institorem præposuit, institoria teneretur, necesse fuit hic adversus eos ex contractu aliorum alio jure actionem introduci, quam civili, et ex caussis juris communibus. Et vero harum utraque introducta est edicto prætoris. *d.* §. *eadem.* Introducendi ratio, non voluntas tantum præponentium magistrum aut institorem, sed et horum officii publica tum utilitas, tum necessitas, ut declaratur in *L.* I. in prin. et *d.* §. *magistrum autem*, *D. de exercit.* Ejusque rei judicium est, quod si quem mihi in aliis rebus procuratorem constitui, non ideo ex iis quæ cum eo gesta sunt, teneor: alioqui non erat necesse has actiones ex contractu tantum magistri navis aut institoris proponi. Cætera harum actionum propria ex suis titulis recte petentur, cum in Digestis, tum in Codice. Nec difficile erit videre, quo interpretationes et responsa ac rescripta veterum de his generibus referri debeant, animadversis iis, quæ unaquæque ea actio exigit, ut summa a nobis concepta est.

CAP. L.

De pignoribus & hypothecis. Quæ cautio & quod jus creditoris in pignore: ex hoc jure qui propter rem pignori obligatam ex persona debitoris teneantur, et quatenus.

Tractationem de pignoribus ad hunc locum maxime pertinere. I.
Rerum partitio. II.
Pignus quid sit. Ad illud necessaria præsens obligatio. III.
Constituitur lege, aut facto hominis. IV.
Lege *rursum aut tacita conventione, aut privilegio.* V.
Tacita conventione pignus quibus in rebus admittatur. VI.
Privilegio quando pignus indultum personæ, quando rei et caussæ. VII.
Constituitur facto hominis pignus vel domini voluntate, vel auctoritate magistratus. VIII.
Domini voluntate pignus statuitur conventione vel testamento. Utroque modo quatenus. IX.
Auctoritate magistratus item in duobus caussarum generibus: et quæ illæ. X.
Pignus solvitur tribus modis. Quid sint horum singuli. XI.
Usus pignoris in eo est ut creditori sit cautum. Jus in pignore creditori duplex, et duplex cautio. Quale utrumque. XII.
Actio Serviana et quasi Serviana pignoris persequendi gratia constitutæ. Unde utraque appellata, et quid sit: quæ vis utriusque. XIII.
Quis ordo servetur inter plures, qui de unius pignoris detentione aut distractione contendant. XIV.
Possessoribus pignoris beneficium ordinis indultum a Justiniano. XV.
Nec vero jus illud mutatum in Nov. 112. §. ab hoc autem. XVI.

I. QUod in fidejussoribus, et aliis accessionibus superioribus facit consensus, ut teneantur pro debitore, et recte conveniantur suo ordine: id sine consensu alienæ obligationis suscipiendæ facit rei pignori obligatæ possessio in ejus rei possessoribus: ut et hi eo nomine ex persona debitoris recte conveniantur: propter rem quidem primo, quia prius ipsa obligata est, eaque obligatio rem sequitur. *L.* 2. *C. si unus ex plur. hered. deb.* Qua ratione hanc conventionem adversus possessorem ex re sua illi nasci supra diximus: sed ita propter rem, ut nihilominus verum sit eum qui propter eam conveniatur, ex debitoris quoque persona conveniri: quia prius res pro debito obligata est. Unde igitur potestas pro debitore alium conveniendi ob rem pignori obligatam quam is possidet? Jus hoc creditoris est in pignore. Quod cum ita sit, hic maxime proprius est quærendi locus de pignoribus, et eorum jure: quo fiat scilicet, ut et creditor pro personis habeat rem sibi obligatam, et propter rem alios, quos possit ex persona debitoris convenire. Et certe si fidejussoris obligatio ad hunc locum pertinent, in quo quærimus, qui possint debitoris nomine conveniri: pertinet omnino et obligatio pignoris: genus accessionis et cautionis adeo fidejussoribus simile, ut mutato obligationis subjecto sit idem, nec satis commode cum de cautione creditorum in aliis obligandis quæritur, possint ista separari. Accipiuntur fidejussores, qui pro alio obligentur, *Inst. de fid.* in prin. accipiuntur et pignora. Est enim pignus res pro debito obligata. §. *item Serviana*, *Inst. de act.* Itaque ut fidejussor principalis obligationis accessio est, §. *fidejussores*, *Instit. de fidejussor.* sic et pignus. *L.* 5. *D. de pignor. L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* Accipiuntur fidejussores, ut diligentius creditori cautum sit. *Inst. de fid.* in princ. Eadem et in pignoribus cautio quæritur. §. *ult. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Unde et numerantur genera hæc cautionum duo, quibus recte caveatur creditoribus, fidejussores et pignora. §. 1. §. *jubet*, *D. de coll. bon.* Sit ergo hic, ut dixi, maxime proprius de pignoribus, et eorum jure cognoscen-

scendi locus, in quo et de alia obligatione pro debito constituta similiter ut in fidejussoribus quæritur, et eodem jure fit, ut sint alii, qui propter rem obligatam ex persona debitoris conveniantur, unde nunc quærendi occasio nata est.

II. Sunt autem hæc in eo, quæ quærantur, Quid sit pignus; Ubi sit constitutum; In constituto quæ sit cautio et jus creditoris, unde hæc omnis potestas rei tenendæ et adversus alios persequendæ creditori nascatur. De quibus dicam, ne quid in his quæ quærimus ubi necesse est, omittatur; sed dicam ita, ut sumam rerum hic quam paucissimis perstringam, quarum explicatio et tractatio plenior peti poterit ex commentariis nostris de pignoribus.

III. Pignus est res omnis pro debito obligata, §. *item Serviana*, *Inst. de act.* nec idem et hypoteca dicitur. Nam inter pignus et hypothecam, cum de jure obligandæ rei quæritur, nihil interest. *d.* §. *item Serviana.* *L.* 5. §. *ult. D. de pignor.* Ita duæ res pignus faciunt: debitum præcedens, pro quo res obligetur; et vis ea, qua ita pro debito obligatur. Debitum et obligatio qualis præcedat, nihil refert. Res hypothecæ pignorive dari possunt pro quacunque obligatione, etiam naturali, sicut et fidejussores cuivis obligationi accedere. Sed tamen aliquam, obligationem præsentem subesse oportet. Usque adeo ut pro eo quod sub conditione promissum est, constitutum pignus placeat non alias obligari, quam si conditio extiterit. *L.* 5. *D. de pignor.* Unde intelligimus, ut fidejussores, sic pignus accessionem esse principalis obligationis, et utramque quæ eadem lege contineatur.

IV. Vis ea quæ rem pro debito obliget, id est, quæ pignus constituat, est eorum voluntas, penes quos pignoris constituendi jus est. Eos, atque hinc omnem constituendi pignoris rationem, ejusque generis species ex hac divisione breviter cognosce. Res pro debito obligatur, atque ita pignus constituitur aut lege, aut hominis opera et facto.

V. Lege partim tacita conventione, partim sine ulla conventionis significatione privilegio.

VI. Ob tacitam conventionem pignus admissum est in prædiis cum urbanis, tum rusticis locatis; ut in prædium quidem urbanum conductum invecta et illata sint tacicite obligata creditori in omnem caussam conductionis: in prædium autem rusticum invecta et illata non item, sed in his solum fructus. *L.* 2. *L.* 4. *D. in quibus causs. pign. vel hypot. tac. cont. L.* 4. *D. de pact.*

VII. Privilegio quibusdam personis pignus datum lege partim favore personæ, partim rei et caussæ. Personæ pignus datum, fisco in omnibus caussis, ex quibus quid fisco deberi cœptum est. *L.* 1. 2. 3. *Cod. in quib. cau. pignus, vel hyp. tac. cont. L. aufertur*, §. *fiscus*, *D. de jur. fisc.* toto *tit. C. de privileg. fisc.* Datum pupillo in bonis tutoris, adolescenti in bonis curatoris pro officio tutelæ et curæ. *L. pro officio*, *C. de administ. tutor.* Datum pupillo etiam in bonis ejus, qui matris tutricis nuptias affectavit tutore alio prius non constituto, et non redditis a matre tutelæ rationibus. *L. penult. C. in quib. cau. pign. vel hyp. tac. cont.* Datum pupillo in omnibus rebus ex pecunia ejus emptis. *L.* 3. *D. de reb. eorum qui sub tutel. vel cura sunt*, *L. penult. C. de ser. pig. dat. ma.* Caussæ et rei pignus datum in his caussis tribus. In caussa dotis mulieri in bonis mariti ad dotis repetitionem. *L. unica*, §. 1. *C. de rei uxo. act.* Datum legatariis et fideicommissariis legatorum et fideicommissorum nomine in bonis defuncti. *L.* 1. *C. com. de leg.* Postremo datum creditori in ea insula, ad cujus ædificii restitutionem pecunia mutua data est. *L.* 1. *D. in quib. cau. pig. vel hypo. tac. contr.*

VIII. Hominis facto constituitur pignus aut voluntate ejus cujus in bonis res est, aut auctoritate magistratus. *L.* 2. *C. de præt. pign.*

IX. Voluntate ejus cujus in bonis res est, partim conventione, partim testamento. Conventione, cum is cum creditore pactus est, ut res illi esset pignori. Atque hic nuda conventione pignus contrahitur. *L.* 4. *D. de pign.* *L.* 1. in prin. *D. de pig. act. L. si tibi*, §. *de pignore*, *D. de pact.* Tantum ut res sit in bonis debitoris, cum ut res pignori esset, convenit. *L. quæ prædium*, *Cod. quæ res pignor. obligar. poss. L. et quæ nondum*, §. *quod dicitur*, *D. de pignor.* Testamento, cum qui in bonis res habebat, jussit testamento aut suprema voluntate; ut res pignori esset creditori. *L. non est mirum*, *D. de pignor. action.*

X. Magistratus auctoritate quod costituitur pignus, prætorium appellatur a prætore: quo verbo significantur magistratus omnes, qui jurisdictioni præsunt. Extat de hoc genere Titulus in *Cod. de prætor. pignor.* et in *L.* 2. *eod. tit.* definitur generaliter ita, ut sit prætorium, quod a judicibus datur. Constituitur hoc genus pignoris a magistratu duobus in generibus caussarum: in caussa judicati, et in eo genere caussarum, ex quibus

bus mittit prætor in possessionem. Ex caussa judicati pignus est, cum debitore condemnato et judicatis non satisfaciente, bona ejus capiuntur in exsecutione judicati jussu magistratus, ut distrahantur, atque his distractis sit, unde judicatis satisfiat. Quæ hic capiuntur bona, ita capiuntur, ut jam inde ex quo capta sunt, incipiant creditori esse pignori in caussam omnem judicati. De hoc genere est. *L.* 1. 2. 3. *C. si in caus. judic. pign. capt. sit.* Caussæ, ex quibus in possessionem mitti solet, hæ sunt; rei servandæ caussa, legatorum servandorum gratia, ventris nomine, damni infecti. *L.* 1. *D. quibus ex caus. in poss. eat.* Ex his caussis missus in possessionem is, cui ante quid debebatur, nanciscitur pignus in iis rebus quarum in possessionem missus est; sic tamen, si ventum fuerit in possessionem. *L. non est mirum, D. de pign. act. L.* 1. 2. *C. de præt. pign.*

XI. Non est satis pignus ab initio ita esse constitutum, ut modo diximus, ut sit pignus, et creditori in eo jus pignoris, nisi perseveret. Solutum pignus esse desinit. Solvitur pignoris obligatio tribus his modis: aut sublata principali obligatione, aut voluntate et remissione creditoris, aut longi temporis præscriptione. Obligatione principali sublata, quod præcipue solutione et satisfactione contingit, una liberantur et accessiones quo in numero sunt fidejussores, hypothecæ, pignora. *L. in omnibus speciebus, D. de solut. L. item, D. quib. mod. pign. vel hypoth. sol. L. si rem, §. omnis, D. de pignoratit. action.* Notandum, cum quis solvit, ut pignus liberet, dici eum in usu juris pignus luere, quasi dicas eluere et delere pignus. Hinc luitio pignoris, de qua Titulus *Cod. de luitione pignoris.* Quæ species ad hoc genus liberationis referri debet. Voluntate et remissione creditoris pignus solvitur, utcunque creditor pactus erit, ut a pignore discederetur. *L. solvitur, D. quib. mod. pign. vel hyhpot. sol.* Cujus generis pactum et consensus habetur, valetque ad pignoris liberationem, cum creditor consensit, ut debitor pignus venderet, et debitor ita vendidit, ut illi concessum erat. *L. si consensit. L. sicut, seq. D. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* Præscriptione longi temporis pignus amittitur, cum quis alius quam debitor rem pignori obligatam ignorans decem annos inter præsentes, viginti inter absentes silente creditore possedit. *L.* 1. *L.* 2. *C. si adver. cred. præscr. opp. L. ult. C. de obl. et act.*

XII. Constituti recte pignoris siquidem et adhuc consistet, finis atque usus idem, qui fidejussorum: ut scilicet creditori recte cautum sit. *d. §. ult. Inst. quib. more cont. obl. L.* 1. *§. jubet. D. de collat. honor.* Pignoris cautio duabus his in rebus sita est, in quibus versatur et jus creditoris in pignore. Una, ut creditori pignus tenere, eique incumbere liceat, donec ei satisfiat; atque ea detentione si pecunia non solvatur, semper se pro pecunia eam rem habiturum, cujus distractione possit consequi quod debetur. Hinc pignoris nomen: quod inde dictum est, quia pugno et manu capiatur ad tenendum. *L. plebs, §.* 1. *D. de verb. sig.* Et hoc indicat maxime actio ad pignus persequendum creditori constituta, de qua mox: quæ sane persecutio non alio spectat, quam ut pignoris detentio sit penes creditorem. Hinc dictum regula juris, plus cautionis esse in rem, quam in personam. *L. plus cautio, D. de verb. signif.* Cautio in rem est ea, quam nunc dicimus esse in pignoribus, per quam fit, ut rei incumbere liceat: cautio in personam est in fidejussoribus, et reliquis personis pro aliis intervenientibus: quas personas neque possidemus neque tenemus, donec nobis satisfiat; et possunt nos fugere, sive absint, sive præsentes paratæ sint litigare: quorum neutrum cum metui possit in pignore cui insistimus, recte hac parte dicitur plus cautionis esse in rem quam in personam. Altera pars cautionis in pignore est in pignoris distractione: quod jus tale est, ut si cesset debitor solvere, et creditor non ferat longiorem moram, liceat ei pignus distrahere. Jus creditoris ita proprium in pignore, ut possit distrahere, sive convenerit ut distrahere liceret, sive non convenerit: immo vero etsi convenerit, ne liceret distrahere; dummodo debitori ter fuerit denuntiatum, ut solveret, et cessaverit. Hoc in *L. quandiu. L. si cessante. L. si prius*, et toto *titul. C. de distract. pignor. titul. C. debitor. vend. pignor. imp. non poss. L.* 4. *D. de pignor. act.* Ac vis venditionis ea, ut cum pro suo jure creditor distraxerit pignus, dominium transferat, quanvis dominus non fuerat. *L. non est novum, D. de acquir. rer. domin.*

XIII. Sed hæc exercentur ab his, qui rem pignori obligatam tenent. Quid ergo, si vel pignus non cæperit possidere creditor, ut diximus pignus solo consensu contrahi; vel cum cæpisset possidere, possessione exciderit? Consequens fuit, si quidem superiora jura in pignore creditori tueri vellemus, proponi ei actionem pignoris persequendi, ejus-

que

que obtinendi caussa, quo posset exercere ea, quorum caussa pignus constitui diximus. Idque ita factum est, constituta eo nomine creditori actione in rem adversus omnes pignoris possessores. Primum quidem de rebus coloni; quæ pignoris jure pro mercedibus fundi locatori tenentur, quæ ab auctore Servio dicta est Serviana. Post deinde a posterioribus prætoribus admissa de rebus omnibus pignori obligatis, quacunque ex caussa obligatæ essent: quæ quia ita inducta est ad exemplum prioris illius Servianæ, idcirco dicta est quasi Serviana, et interdum abusive Serviana. Et horum utrumque ab auctore. A re autem omnis quæ de pignore est, dicta hypothecaria. Hæc in §. *item Serviana. Ins. de act.* Actio in rem est, *d.* §. *item Serviana. L. pignoris*, *D. de pignor. L. pignoris*, *C. eod.* proinde adversus ejus rei possessores, ut est actionum in rem conditio. *L. actionum. D. de oblig. et act.* Vis et exitus actionis hic, ut possessor hac actione conventus aut solvat, quod reus debet, cujus nomine pignus constitutum est, aut rem creditori restituat. *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pign.* Atque hoc jus omne ita est, si unus sit creditor, cui res sit pignori obligata.

XIV. Quod si eadem res obligata erit pluribus, et hi de pignoris detentione, aut distrahendi jure inter se contendant, in his hoc jus servatur, ut qui tempore prior est, potior sit jure. *L.* 2. *L.* 3. *C. qui pot. in pign. hab.* Nisi si qui sint, quibus quanvis tempore posterioribus, tamen prærogativa temporis data sit. Quod in quibusdam personis certis de caussis admissum est. De quibus sub *d. tit. qui potior. in pign. hab. D.* et *C.*

XV. Ex hoc jure illa obligatio et conventio adversus pignorum possessores, de qua nunc quærimus. Pignoris persecutionem si habet creditor adversus possessores, hac actione possessores tenentur ad eas res, quas dixi. Propter rem quidem, ut initio dixi, quia res ipsa obligata est: sed tamen et ex debitoris persona; quia non est pignus, nisi pro debito, unde et hoc soluto consequitur possessor, ne rem restituere debeat. *d. L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pign.* Et hanc caussam conventionis in hac actione spectavit Justinianus, ejusque rationem habuit in *Novel.* 4. *de fid.* §. *sed neque ad res*, qui quod beneficium ordinis prius dederat fidejussoribus, quos constat ex persona reorum conveniri, idem eadem de caussa, eadem humanitatis ratione motus pignorum possessoribus dedit, ne scilicet ad hos perveniatur, nisi conventis prius reis, tum fidejussoribus aut mandatoribus, et excussis eorum facultatibus compertum sit eos non esse solvendo. Hinc *auth. sed hodie*, *C. de obl. et act.* Beneficium in his possessoribus novum, ut et in fidejussoribus. Nam et in pignore cum res simpliciter ac pure obligata esset, et pignoris persecutio propter pignus; conveniebat obligationi, ut liceret creditori omisso principali debitore, ejusque fidejussoribus statim sequi pignora eorumque possessores. Quod et olim jus erat. *L. ultim. C. de oblig. et act.* Sed ut dixi, animadvertit Justinianus conveniri hos possessores pro debito, proinde et ex persona eorum qui pecuniam deberent. Quæ res cum movit, ut quod ob hanc caussam fidejussoribus dederat, admitteret et in pignorum possessoribus.

XVI. Non mutavit hoc jus Justinianus in *Novell.* 112. *de litigiosis*, §. *ab hac autem*, ut ab iis creditum est, qui inde transtulerunt *auth. hoc ita*, *C. de pignor.* Etsi enim scribit Justinianus vendito pignore a debitore, licere creditori pignus persequi, nisi ei de pretio pignoris satisfiat; hoc tamen ex sententia præcedentium legum sic accipiendum est, ut liceat quidem creditori id persequi, suo tamen ordine prioribus legibus constituto. Unde etiam ea constitutione paulo post jubet hypothecarum actiones examinari, et obtinere vim suam secundum veterum legum placita. Et sane non fuit eo loco propositum Justiniano quidquam cavere de pignorum possessoribus conveniendis: sed de eo an hypotheca esset litigiosa, eoque an non posset alienari. Ille constituit litigiosam non esse, proinde et alienari posse, ut transferat, in quem debitor voluerit. Hoc posito consequens fuit, ut interpretaretur, quomodo id vellet accipi. Et vult hoc modo, ut nihilominus possessor conveniri possit. Id nos sic accipiemus, ut possit servatis in eo veteribus legibus. In quibus cum fuerit illa constitutio ejusdem Justiniani prior de ordine conveniendorum reorum, et pignoris possessorum, etiam hæc ipsa servanda est. Hoc idem Irnerius et Joannes veteres interpretes censuerunt, ut eorum sententia refertur in *auth. sed hodie*, *C. de obl. et act.*

CAP.

C A P. LI.

Domini ex persona servorum, patres ex persona filiorum, ubi, et quatenus obligentur. Atque inibi de actionibus noxalibus, quod jussu, tributoria, de peculio, de in rem verso.

Ut aliqui ex alterius persona teneantur facit conditio personæ. Horum genera tria; et quæ. I.

Domini tenentur ex persona servorum ex quacunque obligationis caussa. Ex maleficio aut in solidum tenentur, aut noxali actione. II.

In solidum quando, et quatenus. III.

Noxali actione quando teneatur dominus: hic noxæ deditione defungitur: quam hoc æquo jure constitutum. IV.

Noxalis actio sequitur auctorem noxæ sive in servitute agentem sive manumissum: et utrumque quomodo. V.

Eadem est adversus præsentem servi seu dominum, seu possessorem, si tamen hic vere possideat. VI.

Cessat illa, si servus domino noxam Commmiserit. VII.

In obligatione domini pro eo quod cum servo geritur, interest, ab jubente domino, vel sciente dumtaxat: an neutro quid agatur cum servo. VIII.

Jubente domino, tenetur idem quacunque ex caussa: eoque magis exercitoria actione, aut institoria. IX.

Exercitoria nedum ex magistri, sed et exercitoris quem habet in potestate, tenetur persona; cur non item ex persona institoris. X.

Sciente domino si quid cum servo gestum, quando dominus tenetur eo nomine tributoria. XI.

Domino ignorante, aut invito quod negotii est cum servo habitum, illum obligat de in rem verso aut de peculio. XII.

Peculium quid. Quomodo nascatur, crescat, decrescat, et moriatur. XIII. XIV.

Propositas actiones non solum adversus dominos dari, sed etiam adversus bonæ fidei possessores et fructuarios. XV.

Earumdem actionum quo spectet distinctio et divisio. XVI.

Patresfamilias non obligantur ex maleficiis filiorum familias, nisi hi sciente patre deliquerint. XVII.

At iidem tenentur ex eorum contractibus, et quasi eodem jure ac domini ex persona servorum. XVIII.

Differunt tamen isto nomine patresfamilias a dominis. XIX.

1. *In quatuor causis ex quibus patres tenentur, non domini. Quæ illæ.* XX.
2. *In aliis caussis præter superiores quatuor: ex quibus omnibus domini tenentur, non patres.* XXI.
3. *In caussa peculiari de toto servi peculio dominus, paterfamilias tenetur de profecticio dumtaxat.* XXII.

I. SUnt qui neque consensu suo, neque propter rem pignori obligatam a se possessam ex persona alterius teneantur: quod sola personæ eorum conditione contingit, ut est propositum. Huic conditioni et obligationi duæ res jure nos subjiciunt: potestas, quam in debitorem obtinemus, et in debitoris locum successio. Potestas est dominorum in servos, et si qui sunt, qui aliquatenus pro dominis habeantur, ut sunt bonæ fidei possessores, et fructuarii: item parentum in liberos, quos illi in potestate habent. Quæ potestas omnis, quibus ex caussis nascatur, suis locis diximus. Successio in locum debitoris est heredum. Quapropter eorum qui conditione personæ obligentur, teneanturve ex persona alterius, tria genera sunt, neque plura jure civili cognita; domini ex persona servorum; parentes ex persona liberorum, quos in potestate habent; heredes ex persona defuncti.

II. Domini ex persona servorum obligantur

tur non tantum ex contractibus et quasi contractibus servorum, sed etiam ex maleficiis. Atque ex maleficiis semper, non tamen uno modo. Alias enim obligantur in solidum, alias noxali tantum actione.

III. In solidum duobus casibus, Uno, si servus sciente domino deliquit, cum dominus posset [1] prohibere; quasi videatur dominus fecisse, quod in servo ne admitteretur, prohibere potuit. *L.* 2. *L.* 3. *L.* 4. *D. de nox. act.* Altero, de quo nominatim cautum est edicto, si is in cujus potestate esse dicetur, negavit se in sua potestate servum habere; et is postulante actore jurare nolit in potestate sua non esse, neque se dolo malo fecisse, quominus esset: hic enim prætor pollicitus est se in eum judicium daturum sine noxæ deditione, id est, in solidum. *L. quoties*, §. *prætor*, *D. de noxal. act.*

IV. Extra hæc ita dominus tenetur ex noxa et maleficio servi, ut litis æstimationem sufferre debeat, quanti foret, si ipse deliquisset, aut servum noxæ dedere. Cæterum hominem noxæ dedendo, ea deditione defungatur: atque ex hac noxæ dedendi potestate noxalis actio dicta est. *L.* 1. in princip. *D. de nox. act. Inst. eod.* in princ. Dictum autem est dedere noxæ pro in noxam seu pro [2] noxa, ut hoc idem expressum est in §. *ult. Inst. eod.* dictum eadem forma, qua dicimus cavere damni infecti, ut utrobique intelligatur noxæ nomine, damni infecti nomine. Et recte ex maleficio servi adversus dominum actio hactenus constituta. Non enim æquum est nos ex rebus nostris ultra earum æstimationem onerari: idque ita jus comparatum est, et in animalibus nostris, quæ pauperiem fecerunt, et in ædibus, quæ ruina damnum dederunt, et in hac ipsa noxa atque maleficio servorum nostrorum. *L.* 1. *D. si quadrup. paup. fec. dic. L. prætor*, §. 1. *D. de dam. infect. L.* 2. in princip. *D. de noxal. act. Institut. eod.*

V. Hæc actio adversus quem detur, et ex cujus servi maleficio, veteres hac definitione complecti voluerunt, cum ita definiunt omnem noxalem actionem caput sequi: quæ definitio exstat in §. *omnis*, *Instit. de noxal. act.* Caput vocant auctorem noxæ servum. Hunc ita sequitur actio quæ ob noxam nata est, ut nihil intersit, utrum servus deliquerit, et manumissus conveniatur: an vero deliquerit liber, et eó in servitutem redacto ex maleficio agatur. Multoque magis eumdem sequetur, si deliquerit servus; et agatur eo adhuc manente in servitute. At quomodo sequitur aut manumissum, aut in servitute adhuc manentem? Manumissum ita, ut noxæ quidem veteris nomine teneatur, sed directo, detracta noxæ deditione, ut qui ex suo facto conveniatur, non alieno. *L. servi*, *D. de obl.* et *act.* Servum autem adhuc constitutum ita, ut quoniam ipse jure civili non tenetur, *d. L. servi*, per eum sequatur dominum, qui jam ex alieno delicto conventus tenebitur non directa, sed ea ipsa vere noxali, quam nunc dicimus.

VI. Neque hic quidquam retulerit, quo ex tempore sit dominus servi is, cum quo servi nomine nunc agitur, utrum jam inde a principio, quo tempore servus noxam nocuit: an vero post admissum delictum dominus esse cœperit, vel alienato servo, vel eo qui liber deliquerat, in ejus servitutem redacto. Si noxalis actio servum sequitur, ac propter servum dominum servi, necesse est, actio semper præsentem dominum sequatur. Atque hæc superioris definitionis sententia est, ea ipsa quæ exponitur in *d.* §. *omnis*, *Instit. de noxal. act.* Quid prior dominus, adversus quem constat eamdem actionem ante alienationem servi competiisse, alienatione servi desinet teneri? Et hoc quoque superior definitio efficit. Noxalis enim actio per servum sequitur dominum: at prior jam amplius dominus non est. Sed hoc ita est, nisi prior dominus cum sciret servum noxam admisisse, postea dolo malo eum [3] alienaverit. Tenetur hac actione non solum qui servum in potestate habet, sed et qui dolo fecit, quominus haberet. *L. si bona*, *D. eod.* Idque ex perpetua regula juris, qua placet parem esse caussam ejus qui possidet, vel habet, atque ejus qui dolo desiit possidere vel

1) Sufficit si patiatur delinquere, nec necessarium consilium et auctoritas, vid. P. Fab. *ad L. culpa caret* 50. *de R. I.*

2) Noxa enim tum culpam ac delictum significat, tum damnum ac detrimentum, vid. Phil. Beroald. *Annot. in Serv. p. m.* 295. Jac. Nicola 6. *Misc. Epiphill.* 11. Noxales actiones adjectitiæ formulæ aliis principalibus adpositæ ut noxalis actio furti, L. Aquiliæ, etc. Wef. *in Par. de nox. act. n.* 4. de quibus vid. Menoch. *Lib.* 1. *Arb. jud. QQ. Q.* 5. *n.* 13. *et seqq.*

3) *L.* 24. *d. t.* Quæ et ipsa actio licet prætoria fit *L.* 26. §. 2. *d. t.* noxalis tamen est ac vocatur *d. L.* 24. ubi male Cujacius 22. *Obs.* 9. priorem vocem *noxalis*, vel redundare censet, vel reponi debere vocem *prætoria*, quod refellit Henr. a Suerin. *Rep. Lect. C.* 11. eam referens ad Prætoriam, posteriorem vero ad civilem. Licet vero sine noxæ deditione illa sit, datur tamen principaliter ex noxa ac maleficio servi. Quod vero discrimen sit inter eum qui, quod dolo desiit possidere, noxali prætoria convenitur, et eum qui, ob eandem caussam, actione in rem tenetur, vid. Suerin. *Rep. Lect. C.* 18. Cæterum noxæ deditus servus si damnum resarcierit, quæsita pecunia, liber efficitur, invito novo domino §. 3. *in fi. I. d. t.* Ratio. Prior dominus eum abjecit, posterior magis noxam sarciri voluit, idemque Prætor maxime jussit. Noxam igitur sarciendo et solvendo servus domino novo satisfacit, Fac. *L.* 3. *de obseq. par. L.* 4. §. 1. *de manumis.* Cujac. 13. *Obs.* 9. P. Pithæ. *in not. tit.* 2. *Coll. LL. Mosaic.*

vel habere. *L. parem*, *L. qui dolo*, *D. de regul. jur.* Dominum hac actione teneri passim scriptum est sub hoc Titulo in *Institut.* Sed plus comprehensum fuit edicto, constitutaque est actio generaliter adversus eos, qui servum in potestate habent, ut modo dixi: quo verbo contineri hic placuit dominos quidem maxime; sed tamen et eos qui servum possident pro suo, sive hi bonæ fidei possessores sint, sive mala fide possideant, *d. L. si bona*, *L. non solum*, *sequen. D. de noxal. action.* Sed eos qui vere possideant, quærimus, id est, qui possideant opinione domini. Qui alieno nomine rem tenet, quantumvis juste possideat, non tenetur noxali actione, ut qui pignori accepit, aut precario rogavit. *L. si servus*, §. I. *D. eod.* Ergo juxta definitionem superiorem actio noxalis servum quoque ab aliis possessum sequetur, ac per hunc eosdem illos possessores.

VII. Sed quemcumque ex superioribus esse placet, quem actio noxalis sequatur, constitutio veterum sic accipienda est, si modo delinquente servo actio ab initio nata sit, et nata perseveret. Alioqui quomodo sequetur servum ea, quæ nulla est? Ac tunc nascitur ab initio, cum servus alienus, aut liber homo extero nocuit, quibus casibus et sequi caput suum actio noxalis potest. Quod si servus domino noxam commiserit, actio inter dominum et servum nulla nascitur. Ea res facit, ut constitutio ad hoc genus noxæ non pertineat: proinde si in alienam potestatem servus pervenerit alienatus, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate est, agi possit. Habes exceptionem, vel potius temperamentum superioris definitionis, quod ad ejus explicationem tacite recte subjicitur in §. *si servus*, *Institut. eod. titul.* Idem probandum est, si quæ ab initio noxalis actio nata erat, postea extincta sit, ac deinde servus alienatus, aut manumissus fuerit. Quod contingit, si servus alienus qui tibi damnum dederat, aut furtum fecerat, postea tuus esse cœperit. Sic enim extinguitur actio deducta in eum casum, a quo incipere non poterat: de quo genere liberationis dicetur postea suo loco. Faciamus ergo eumdem servum alienari a te, aut manumitti. Non magis hic actio exstincta sequetur alienatum, manumissumve, quam si ab initio nulla nata esset. Nam et exstincta cœpit nulla esse: et quanvis postea res redierit in eum casum, a quo incipere poterat obligatio, tamen semel sublata amplius restitui non potest. *L. qui res*, §. *aream*, *D. de solut.* Et hæc pars subjicitur in *d.* §. *si servus*, ad eamdem illam explicationem prioris illius veterum constitutionis pertinens.

VIII. Hæc de maleficiis servorum. Ex horum contractibus et quasi contractibus non eadem dominorum obligatio est. Tenentur ex his domini; sed non semper: et cum tenentur, non tenentur uno modo. De quo ex ea distinctione statuendum est, quæ de hoc genere exposita est sub *tit. Inst. quod cum eo.* Cujus hæc est sententia: interesse, utrum quod cum servo geritur, fiat jubente domino, an sciente tantum; an nec jubente et sciente, sed ignorante aut invito.

IX. Si jussu domini, esse eo nomine cum domino actionem, et esse [4] in solidum quod jussu, §. I. *eod. tit.* In quo quid jussu domini factum intelligatur, cujus jussus sit satis, petetur ex. *L.* I. et seqq. aliquot legib. *D. quod jussu.* Si ex cæteris caussis actio est in solidum adversus dominum, cujus jussu et mandatu cum servo quid gestum est: multo magis dominum qui servum suum navi magistrum præposuit, aut tabernæ præposuit institorem, illum quidem ex servi magistri contractibus teneri exercitoria, hunc autem ex contractibus servi institoris institoria: cum etsi liber homo esset magister aut institor, eædem essent adversus eum qui præposuit actiones. Hoc in §. *eadem*, *Inst. quod cum eo.*

X. Illud in persona domini et patris circa has actiones adjiciendum est, istos non tantum teneri exercitoria ex persona magistri a se præpositi, quem in potestate habuerunt: sed etiam ex persona exercitoris ipsius de eo quod cum magistro ejus gestum est, si exercitorem habuerunt in potestate, et exercitor horum voluntate navem exercuit: quasi et hæc voluntas pro jussu habenda sit. Quod non item placuit in institoria adversus eos, quorum voluntate is quem in potestate habeant, tabernam exercuit, et conveniantur de eo, quod cum præponentis institore gestum est. Hoc in *L.* I. §. *si is cujus*, et §. *licet*, *D. de exercit.* cujus differentiæ rationem *ibidem* et Ulpianus reddit.

XI. Quod si sciente tantum domino, non jubente aut mandante, cum servo quid gestum sit: unam speciem esse, in qua placeat dominum amplius teneri, quam de pecu-

4) *L. ult. C. de instit. act.* vid. et Donellus noster *ad Rub. C. Quod cum eo qui in al. pet. n. 3. et seqq.* Pupillus non tenetur hac actione *L.* I. §. 7. *Quod jussu*, tenetur autem actione de Peculio *L.* 3. §. I. *Quib. ex ca. in poss. cat.* Pac. 7. *Q.* 10.

culio. Eam esse, cum servus sciente domino negotiatur in merce peculiari, et quid cum eo ejus gratia contractum erit. Nam cum si eo nomine cum domino ageretur de peculio, ante omnia deduci de peculio, oporteret totum id quod domino debetur, ut est definitio peculii, de qua paulo post: hic prætor ex ea caussa actionem tributoriam adversus dominum dedit: cujus vis hæc est, ut non deducto eo quod ei debetur, quidquid in his mercibus erit, quidquid inde receptum, id inter ipsum si quid ei debetur, et reliquos servi creditores distribuatur pro ratione ejus; quod cuique debebitur: potestate distribuendi domino permissa ea lege, ut si quis ex creditoribus quæratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, sit ei proposita hæc actio tributoria: sic dicta, quod dominus hac actione ad justam tributionem, id est distributionem mercis vocetur. Et de hac sequitur ordine sub eodem *tit.* in §. *introduxit.* Exstat et de hoc genere specialis titulus in Pandectis, *de tributoria.*

XII. Quod si neque jubente domino, neque sciente cum servo contractum erit, propositas et hic esse actiones, sed de in rem verso, et de [5] peculio: quarum potestas et significatio hæc est, ut si quid ex negotio gesto in rem domini versum sit, id totum dominus præstare debeat: si quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. Hoc item suo ordine *eod. titul. quod cum eo*, §. *prætoria*, et cujusmodi sit, utrumque exemplis dilucide declaratur: ac de harum actionum utraque sui sunt proprii tituli in Pandectis, unus *de in rem verso*, alter *de peculio.* Sic autem de peculio actio data edicto prætoris: ut quo casu hæc competeret, si quid esset in peculio, placeat etiam esse de eo quod in peculio non est, quod quidem dolo malo domini factum sit, quominus in peculio esset. *L. summa*, *D. de pecul.* Quid sit in rem versum, ex re proposita intelligetur, et ne quis sit error, explicatur pluribus in *L.* 3. §. 1. et deinceps, *D. de in rem verso.* Quid sit autem in peculio, et quantum, definitio in jure posita est, neque ea admodum expedita. De quo paucis cognoscendum est.

XIII. Peculium, inquit Ulpianus, *L.* 5. §. *ultim. de pecul.* dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum. Sic autem veteres servi peculium definiunt, ut sit, *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur, aut iis qui sunt in ejus potestate, quive in ejus tutela aut cura, vel quorum negotia administrat.* Hoc in *d. L.* 5. §. *ult. L. sed si damnum*, 9. §. *peculium*, §. *præterea, D. de pecul.* Recta definitio, et quæ omnia quæ sunt peculii, complectitur; si tamen quid hic valeat domini permissus, quid habeatur hoc permissu, et quousque habeatur, recte intelligatur.

XIV. De quibus ut liqueat, tempora hæc peculii distincte spectanda sunt, nascentis, constituti, finientis; et quid unumquodque postulet ad habendum retinendumque peculium, considerandum. Recte enim Marcianus, *peculium*, inquit, [6] *nascitur*, *crescit*, *decrescit*, *moritur.* L. peculium, 40. *D. de pecul.* quæ partitio eo referri debet, ut intelligatur, dum natum erit, et creverit, aut quale cæperat, perseveret, id vere in peculio habendum esse; cum autem interciderit, quatenus id fiat, hactenus desinere esse peculium, et hactenus dominum de peculio amplius non teneri. Nascitur peculium servo, non statim si quid apud se habeat, vel diligentia ejus partum vel parsimonia, vel quæsitum aliunde, puta donatum ei, aut legatum, quod ipse sibi separet a rationibus dominicis; sed si quid dominus ipse separaverit a rationibus suis, quod ita separatim habendum servo permiserit. *L.* 4. *D. eod.* Ac nec hic quidem permissus ad peculium constituendum satis, si tantum voluit dominus aliquas res peculii esse; sed si tradidit, aut cum apud servum esset, pro tradito habuit. *L. non statim*, 8. *D. eod.* Ideo in definitione recte dicitur peculium esse, non quod permissum est servo habere separatum a rationibus dominicis; sed quod hoc permissu servus separatum habet. Sed et hoc ipsum, quod traditum est servo a domino separatum a rationibus domini, non continuo peculium facit; sed ita, si ideo tantum dedit dominus, cum præstare necesse non haberet. Quod si cum haberet necesse præstare, præstitit, ut tunicas aut aliquid simile ad victum, placet id non esse peculium *d. L. peculium*, 40. scilicet quia quod necessitatis caus-

5) De peculio atque actione de peculio vid. Cuj. 8. *ad Afri. in L.* 38. *d. t.* qui *p. m.* 452. QQ. de eo plenas esse acuminis et argutiarum scribit, *et* 9. *ad Afric. in L. frater a fratre.* Donellus noster *ad Rub. C. Quod cum eo n.* 10. *et seqq.* Duar. *ad t. D. de pecul.* P. Fab. *ad L.* 10. *de R. I. p.* 68. *et seq.* Vital. 2. *Var. Lect.* 24. *et seqq.*

6) Variatur per qualitates ac si animam haberet, juxta Pythagoreos, qui omne quod crescit animam habere dicunt, ait Cujac. 9. *ad Afric. in L. frater a fratre.* vid. Sc. Gentil. 2. *Parerg.* 7.

sa factum sit, non possit videri factum peculii constituendi, et permittendi caussa. [7] *Crescit*, inquit Marcianus ididem, *cum auctum fuerit*: idest, cum auctum id quod servus ab initio permissu domini habere cœperat. Neque in hac re novus permissus aut scientia domini requiritur; quia qui rem habere permisit, permisit habere et quæ sunt ejus rei obventiones. Atque ita cœptum, auctumve, vel non auctum peculium tandiu perseverat quoad finiatur. Neque ad id retinendum necesse est sæpius a domino constitui, constitutumve confirmari. Itaque quanvis pupillus vel furiosus constituere peculium servo non possint: tamen ante furorem vel a patre pupilli constitutum, non adimetur ex his caussis. Hoc in *L. quam Tuberonis*, 7. in princ. *D. de pecul.* Ac de hoc ipso peculio constituto accipi debet, quod *ibidem* Ulpianus scribit conjunctim cum iis quæ de eo peculio prius posuerat; putare se videlicet non esse opus concedi peculium a domino servum habere; sed non adimi, ut habeat. *d. L. quam Tuberonis*, in princ. Sed hoc, inquam, donec peculium intereat. Interit ex parte, cum decrescit. Quod fit, cum res peculiares intereunt. Moritur totum, cum servo ademptum est, ut est in *d. L. peculium*, 40. Idem est, etsi servus mortuus, aut manumissus, aut alienatus fuerit. *L.* 1. *L. ultim. D. quando de pecul. actio annal. est.* Quod et in filiofamilias mortuo, vel emancipato intelligendum est. *d. L.* 1. *D. quando de pecul. actio.* Et generaliter recte definiemus, cum peculium non sit, nisi pusillum patrimonium eorum, qui in potestate sunt: simulatque hi in potestate esse desierint, nec peculii nomen permanere. *L. ultim. circa fin. C. de inoffic. testam.* ea res facit, ut si nihil adjicitur edicto amplius, peculio ita amisso non sit actio adversus dominum de eo, quod prius in peculio fuerat. Sed hic addita est exceptio a prætore; cavit enim, post mortem ejus, qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, se dumtaxat de peculio, et si quid dolo malo ejus, in cujus potestate est, factum erit, quominus peculii esset, in anno quo primum de ea re experiundi potestas erit, judicium daturum. Sic verba edicti sunt de hac parte in *L.* 1. in princ. *D. quan. de pecul. act. anna. est.* Sed ut maxime peculium perseveret ita constitutum, ut diximus; semper tamen peculium hanc deductionem habet, ut deducatur inde, si quid domino debetur, aut iis quos definitione complexi sumus; ut id solum in peculio habendum sit, quod omni eo deducto superest.

XV. Illud de his actionibus in commune monendi sumus; sic eas dari in dominos, ut tamen non dentur in hos solos. Sic enim edicti verba fuerunt de hoc genere; *quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit*: ut referuntur in *L.* 1. §. 1. *D. de pecul.* In quæ ipse Titulus Institutionum de hoc ipso genere, conceptus est. Atque hic *potestatis* verbum sic acceptum est, ut non magis dominium, quam facultatem habendi servi significaret, pertineretque etiam ad eos qui servum alienum aut liberum hominem bona fide possident, quive in servo alieno usumfructum habent, scilicet ut adversus eos actio de peculio, cæteræque honorariæ superiores dentur ex iis caussis, ex quibus bonæ fidei possessori, aut fructuario acquiri solet; ex reliquis in dominum proprietatis. Hoc in *L.* 1. §. *ult.* et *L.* 2. *D. de pecul.*

XVI. Animadvertendum et illud in superiore distinctione, non sic in ea actiones istas distingui inter se, ut cui competit actio quod jussu, non possit experiri actione de peculio, deque eo quod in rem versum est: aut cui tributoria competit, non possit æque agere posterioribus: absurdum sit enim, quæ actiones posteriores in dominum ignorantem aut invitum dantur, eas in volentem et scientem non dari: absurdum et illud, cui in actione quod jussu aut tributoria quod plus est, licet, quod minus est in posterioribus non licere. *L. non debet*, *cui*, *D. de reg. jur.* Sed distinctio eo spectat, ut sciamus si quid a domiuo consequi volumus ex contractu servi, minimum esse quod petere liceat, si quid in peculio est servi, aut in rem domini versum, idque semper a domino persequi licere: amplius esse, ut dominus vocetur cum reliquis creditoribus in tributum; quod tunc conceditur, cum sciente eo servus in merce peculiari negotiatus est: Summum esse, solidum quod debeatur, quod consequi liceat solum ab eo domino, quo jubente cum servo contractum sit. In quo apparet, cui adversus jubentem aut scientem dominum ampliores istæ actiones quod jussu et tributoria concessæ sunt, sic eas concedi, ut sciat quid am-

7) Prætermitti autem ἀκμὴν recte notat Cujac. *d. lo.* Perperam Goth. in *not. d. L.* 40. eam in voce *crescendi* expressam sentit. Nam ἀκμὴ non est incrementum, sed terminus illius ac perfectio. Recte itaque prætermittitur, quia eam nec recipit peculium, semper accessione rei alicujus augeri aptum.

amplius habeat, si amplioribus istis uti velit, non autem ut minores illæ adversus eumdem denegentur. Quod propositum est Justiniano ostendere sub eodem Titulo, *quod cum eo*, *§. cæterum.* Estque is locus ad eam dubitationem diluendam, quæ ex superiore distinctione nascebatur. Est enim alioqui proprium divisionis sic membra distinguere, ut simul non concurrant. Et sane inferiores cum superioribus nunquam concurrunt, ubi superioribus per se locus non est. Superioribus autem positis etiam concurrunt inferiores, non ut aliæ, sed ut eædem; quia in majori summa semper minor inest. Sed hoc dictum est iis qui cum actionem habeant quod jussu aut tributoriam, uti velint posterioribus, et quærunt, num id sibi liceat, quasi superior distinctio obstaret. Quod si quæritur, non quid velit quis, et possit jure; sed quid hic facere expediat, supervacua aut inepta quæstio est: cum nemo dubitet, quin proposita actione ampliore et commodiore ad tuum consequendum, hac utendum sit, non ad eam descendendum, ex qua aut certum sit te tuum, ut vis, consequi non posse, aut de eo in periculum venias. Ita potius res huc redit, ut quando adversus dominum jubentem licet unam ex superioribus actionibus eligere, hoc quæratur, qua potissimum agere expediat ad solidum consequendum. Idque est rursum, quod subjicitur in *d. §. cæterum*, et §. seq. *quod cum eo*. Ubi et quid amplius sit in una quam in alia dilucide explicatur. Temperamentum eo adjectum, ut intelligeretur, quorsum pertineret de concursu et electione superiorum actionum prius monuisse.

XVII. Hæc de obligatione dominorum ex servorum persona. Non eadem parentum obligatio ex persona liberorum. Jam primum patres ex maleficiis filiorum etiam quos in potestate habent, non [8] tenentur. Non enim conveniret eos teneri, nisi hactenus, ut filios noxæ dedere liceret. Nam nec alia conditione datur actio adversus dominos ex maleficiis servorum. Nunc autem liber homo noxæ dedi non potest. Hoc in *§. ultim. Inst. de nox. act.* Sane si sciente patre deliquerit filiusfamilias, cum posset pater prohibere, nihil caussæ dici potest, cur non hoc casu obligetur pater in solidum, quasi ipse deliquerit. Nam et si servus quid admiserit sciente domino, nec prohibente, cum dominus prohibere posset, placet dominum in solidum obligari: neque hoc alia ratione defenditur, quam quod videtur dominus qui scivit, et prohibere potuit, occidisse. *L. 2.* in princ. *L. 3. D. de nox.* Cur non videatur et pater, qui pro simili potestate prohibendi jus habuit. Quod si deliquit ipse, cur non tanquam ex maleficio suo in solidum recte conveniatur? Neque hic metuemus, ne nobis obstet, quod traditur in *d. §. ultim. Instit. de nox. act.* ex maleficiis tantum servorum, non etiam filiorumfamilias noxales actiones esse proponendas. Non enim dicimus scientem patrem noxali actione teneri, sed in solidum detracta noxæ deditione: non ex delicto filii, sed suo.

XVIII. Quod ad contractus et quasi contractus filiorumfamilias attinet, ex his tenentur patres, propemodum iisdem conditionibus, et eatenus, quibus conditionibus et quatenus obligantur domini ex contractibus servorum: ut quod de dominis ex contractibus servorum supra dictum est, idem et de patribus ex contractibus filiorum dictum intelligi oporteat. Quod et faciendum esse monemur in principio *tit. quod cum eo, Inst.*

XIX. Sed tamen et hic inter patres et dominos nonnihil interest. Est autem inter istos in hoc genere obligationis trium istarum rerum differentia.

XX. Primum quædam caussæ sunt, et quidam contractus servorum, quorum nomine placet dominum non teneri: quibus a filiofamilias interpositis tenetur pater. Eæ caussæ sunt quatuor; si servus pro alio fidejusserit rem peculiarem aut dominicam non agens: si cum pro libero se gereret, conventus judicio, condemnatus sit: si eodem modo se gerens arbitrum sumpserit ex compromisso, et ab arbitro sit condemnatus: si cum conveniretur, jusjurandum adversario detulerit, et juratum sit. Ex his, inquam, caussis non tenetur dominus ex persona servi ne de peculio quidem. At tenetur pater, si quid horum filius gesserit. *L. 3. §. si filiusfamilias, §. si servus, L. 5. §. 1. D. de pecul.* Non sane quod propter summam potestatem dominorum in servos, et plenam in peculium potestatem, non convenientius fuerit dominos ex omnibus contractibus servorum teneri, quam partes ex contractibus filiorum, quos in potestate habent, si modo quod servus aut filius familias gerunt, per se consistat, ut contractus sit habendus: sed quia superiora facta in [9] filiisfamilias valent, eoque et

8) Vid. Vaud. 1. *Q.* 42. *n.* 12. Licet veterum quidam noxalem actionem admiserint *d. §. ult.* ut Papinianus *Lib. 2. definit. in Coll. Mosaic. tit.* 2. ubi vid. Pithæus.

9) In muneribus quoque propria caussa filiorum familias. Nam si munus gessit filius voluntate patris, pater ex administratione tenetur in solidum *L. 1. C. Quod cum eo*, scilicet si nominationi filii adfuit nec

et sunt contractus, ex quibus obligatio nascitur, cujus nomine deinde tenetur pater: in servis autem non consistunt jure, ut nec contractus efficiant, ex quibus obligatio nata transferri possit in dominos. Idque in singulis ita fit. Fidejubere pro alio est intercedere. Intercessio pro aliis officium civile. *L.* 1. *D. ad Vellejan.* At omnibus officiis civilibus servi remoti sunt multo magis, quam fœminæ: quas tamen et ipsas remotas esse constat. Quippe servi jure civili pro nullis habentur. *L. fœminæ*, §. *quod attinet*, *D. de reg. jur.* Servi judicio interesse non possunt. *L. servus*, *C. de jud.* Ergo nec compromissum contrahere; quia compromissum ad similitudinem judicii redigitur. *L.* 1. *D. de recept.* Qua ratione nec jusjurandum deferre potest servus, quia et jusjurandum habet instar judicii. *L. qui jurasse*, §. *ult. D. de jurej.* Omnia hæc contra in filiofamilias, qui quia liber est, et civis, omnia recte gerit, et ex omnibus caussis perinde obligatur ut quivis paterfamilias. *L. filiusfamilias*, *D. de obl. et act.*

XXI. Altera differentia est in his ipsis caussis superiori contraria. Nam quatuor caussis superioribus exceptis, quidquid contraxerit, gesserit servus, ex quo inter liberos actio nascitur, ex ea caussa adversus dominum actio est de peculio. §. *actiones autem*, *Inst. de act.* In filiisfamilias excepta est caussa mutui. Mutua pecunia filiofamilias data, si non consentiente patre data sit, nec in rem patris versa, neque filiusfamilias tenetur, neque pater de peculio. §. *pen. Inst. quod cum eo.* Effectum id senatusconsulto Macedoniano, de quo diximus suo loco.

XXII. Tertia differentia est in ratione peculii. Tenetur dominus de peculio servi, et id sine exceptione: quia pecuniam servi est unius generis. Id enim tantum est, quod habet servus permissu domini: et quodcumque id est, totum est domini, a quo est profectum. Immo vero et ipse servus domini est, ut qui seipsum non habet; multo minus possit quidquam suum habere. §. *item vobis*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* Eo fit, ut jure conveniatur dominus de peculio universo servi, qui id peculium in potestate habet, ut possit id creditoribus servi prout velit dissolvere. Non sic pater tenetur de peculio ex contractibus filii. Tenetur de peculio filii: sed eo quod habet in dominio suo, aut potestate. Nam si quid ejus non est, iniquum sit eo eum nomine conveniri, ut præstet quod non habet, nec dolo fecit quominus haberet. Atqui non omne peculium filiifamilias jure est patris. Castrense et quasi castrense totum proprium est filiorumfamilias, nihil in eo juris patri. Adventicium etiam quibusdam in caussis proprium filiorum ita, ut ne ususfructus quidem ad patrem pertineat. Solum profecticium simile est per omnia peculio servorum: utpote quod a patre profectum placeat ut olim totum esse patris et proprietate et fructu. Est et adventicium ubi ususfructus patri adquiritur, in potestate patris; non ut administretantum, sed etiam ut sive ulla sit filio sive quæ adversus filium ejus nomine actio, pater suscipiat actiones et moveat: tantum ut adhibeatur filii puberis et præsentis consensus. *L. ult.* §. *ubi autem in unum*, *C. de bon. quæ lib.* Quæ genera cujusmodi essent, et quid in his adquireretur patri, quid proprium esset filii, supra suo loco exposuimus, sub Titulo, *Quæ personæ sibi adquirere, et quod quæsierint, sibi habere possint.* In hac autem peculiorum filiorumfamilias distinctione, ac singulorum generum jure, perspicuum est patrem ex contractibus filii recte conveniri de peculio profectitio, quod ejus est; recte item de peculio adventicio, in quo usumfructum habet, et cujus nomine suscipere jubetur actiones. De peculio autem castrensi aut quasi castrensi, itemque adventicio, quod totum est filii, patrem [10] conveniri non posse: quia neque id peculium in potestate habeat, nec possit de eo, ut velit, sed solus filius statuere: de quo scripsi ad §. *actiones autem*, *Institut. de act.* Convenietur autem filius, et is quidem directa actione in solidum, non peculio tenus, uti fieret si quivis paterfamilias conveniretur ex suo facto et suo nomine. Nam et filiusfamilias ex omnibus caussis tenetur eodem modo. *L. filiusfamilias*, *D. de obl. et. act.*

CAP.

contradixit *L.* 2. *de muner.* Don. *ad Rub. C. d. t. n.* 50. *et* 2. *seqq.* In tutela distinguitur si a magistratu tutori dato consentit pater, in solidum *d. L.* 1. *C. d. t. L.* 7. *de tutel.* sin ex testamento de peculio tenetur, *L.* 21. *de adm. tut.* Don. *d. loc. n.* 52. Loriot. *de Tutel. Axiom.* 49. Hot. *ad L.* 1. *C. de remiss. pig.* Pac. 5. Q. 76. Diss. Cujac. 7. *ad Afric. in L.* 46. *de neg. gest.* aliter A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Princ. Ill.* 16.

10) Excipit Io. Tavard. *ad* §. *actiones* 10. *Inst. de act. n.* 29. *et seq.* nisi filiusfamilias ea modestia sit ut patri permittat liberam castrensium vel quasi castrensium administrationem; quo casu, ait, pater dominus illorum etiam *L.* 2. *L.* 9. *L.* 18. *de castr. pec.* qua hoc non probant.

CAP. LII.

De hereditariis actionibus.

Heredes conditione personæ obligantur ex personæ defuncti. Quatenus in eo differant a reliquis. I.

De Hereditariis actionibus quo in loco tractaverit auctor. Quid de iis amplius hic loci. II.

Actiones quæ defuncti fuere, eædem dantur et heredi. III.

Quæ hinc excipiantur. IV.

Actiones quæ erant adversus defunctum dantur adversus heredem, si rem persequantur, etsi veniant ex delicto. V.

Secus omnino, si pœnam persequantur, licet sint ex contractu. VI.

Exceptio. X.

Alia veterum distinctio de actionum transmissione tota est ex distinctione superiore et inde interpretanda. VII.

Contrariis occurritur et duplex locus exponitur §. 1. Inst. de perp. et temp. act. VIII.

Quæ dignoscendi ratio num actiones sint pœnales, aut rei persecutoriæ. IX.

De actionum transmissione quæ ab heredibus aut adversus heredes incipiunt, quæ sit Justiniani constitutio veterum definitioni contraria. XI.

De actionum divisione inter plures heredes quo in loco auctor. XII.

I. ETiam heredes, ut proposuimus, conditione personæ ex persona defuncti obligantur. Sed hi, non qui alienæ obligationi accedant, ut fidejussores; non qui alio obligato, conveniantur ejus nomine, ut domini ex maleficiis aut contractibus servorum; patres ex contractibus filiorum quos in potestate habent, eoque non semper in solidum: sed qui debitore mortuo ejus personam suscipiant, eoque jam velut ex sua persona principaliter teneantur, et quatenus heredes sunt, in solidum. Id in his facit hereditas, quæ cum sit successio in universum jus quod defunctus habuit *L. hereditas, D. de reg. jur. L. nihil aliud est, D. de verb. sign.* hoc adfert heredi, ut hac suscepta succedat et ipse in omne jus defuncti. *L. heres in omne, D. de adq. her.*

II. In omne jus sic accipe, non tantum quod defunctus sibi habuit, sed etiam quo aliis tenebatur, §. *ult. Inst. de loca. et cond.* et ut alibi dicitur, per successionem universitatis, id est, hereditatem aut bonorum possessionem, ita succeditur in jus demortui, ut suscipiatur ejus rei commodum, et incommodum. *L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. in pr. *D. de bon. poss.* In hoc autem jure, seu in his commodis et incommodis sunt actiones, quæ defuncto competierunt, et adversus defunctum. Est enim omnis actio jus. *Inst. de act.* in pr. *Inst. de reb. corp.* et *incorp.* Quæ res nos admonuit jam ante, ut cum de actionibus hereditariis quæritur, in commune dicendum putaremus tam de iis quæ heredibus dantur, cum prius defuncto competerent, quam de iis, quæ dantur in heredes, cum prius his teneretur defunctus: scilicet quod ambæ a defuncto transirent in heredem, uno et eodem hereditatis ac successionis jure. Tractavimus hunc locum jam ante, cum de jure heredis, es in eo de commodis atque incommodis hereditariis ageremus: quorum partes sunt hereditariæ hæ actiones, sub Titulo, *Quæ hereditas secum ferat heredi tum commoda tum incommoda.* Neque nunc inculcare necesse est, quæ illic exposuimus. Tantum nunc eumdem locum attingere visum est, ut si quid forte illic omissum est, quod loco illi communi non satis conveniret, hic ubi proprius cognoscendi locus est, expleatur.

III. De priore ergo genere actionum hereditarium sic jus est Quæ actiones cumque defuncto competierunt cum is moritur, eædem paucissimis exceptis, et ad heredem translatæ, heredi omnique successori universi juris competunt. Nec interest sintne ex contractu, an ex maleficiis etiam pœnales, §. 1. *Inst. de perp.* et *temp. act.* Pertinent enim omnes ad jus defuncti, et id quidem quod ex caussa nascitur, non ex persona: heres autem in omne jus tale succedit, *d. L. heres in omne, de adq. her.*

IV.

IV. Excepta est actio injuriarum, et quæ huic sunt similes, *d.* §. 1. *de perp. et temp. act.* Injuriarum actio ideo, quia injuria defunctum tantum attingit, non heredem. Unde et dissimulatione actionem injuriarum aboleri placuit, §. *ult. Inst. de injur.* Hujus autem dissimulationis indicium non dubium est, cum defunctus dum vixit, non egit injuriarum, quod statim licebat ei aut per se aut per procuratorem facere. Similes actiones sunt, quæ ad vindictam tantum alicujus facti comparatæ sunt, ubi agentis nihil interest. Cujusmodi actio habita est olim, quæ fuit adversus eum, qui eum qui in jus vocatus erat, vi exemisset. *L. pen.* §. *ult. D. ne quis eum qui in jus voc. est, vi exim.* Item actio in quinquaginta aureos prodita adversus liberos et libertos, qui parentem patronumve in jus vocassent sine permissu prætoris. *L. pen. D. de in jus voc.* Si tamen defunctus lite ex his caussis contestata decesserit, placet etiam has actiones ad heredem transire. *L. injuriarum actio*, 28. *D. de injur.* Ea vis est litis contestatæ in omnibus actionibus, quæ alioqui ad heredes non transeunt, de qua mox plura in altero genere actionum.

V. Est autem alterum genus hereditarium actionum, earum quæ adversus defunctum competierunt. Et conveniebat superiori definitioni hereditatis, ut in eas ita quoque succederet heres, et adversus eum competerent. Sed hoc non placuit. In quo hæc juris prope explorati brevis et summa distinctio est, ut intersit, contineatne actio rei persecutionem, an pœnæ. Quæ actiones rei persecutionem continent, omnes sunt in hac caussa, ut sicuti heredibus dantur, ita et in heredes, aliosve quosvis successores competant. *d.* §. 1. *Inst. de perp.* et *temp. act.* Idque ita est, etsi sint ex maleficiis. Exemplo sunt condictio furtiva, et actio rerum amotarum: utraque ex delicto, illa ex furto, hæc aut ex furto, aut ex facto furto simili. Utraque tamen adversus heredes datur: tantum ideo quia rei persecutionem continet. *L. si pro fure*, §. *ult. D. de cond furt. L. contra* §. *si post. L. si mulier*, §. *penult. D. de rer. amot.*

VI. Contraria earum actionum definitio, quæ continent persecutionem pœnæ, quæ eædem dicuntur pœnales. Quæcumque ejusmodi sunt, in heredes non dantur, non tantum si sint ex maleficiis, de quibus constat; sed etiam si sint ex contractu, qualis est depositi actio ex quibusdam caussis. *d.* §. 1. *Inst. de perp. et temp. act.* De quibus generibus mox amplius. Idque est, quod aliis verbis veteres eleganter definierunt; heredes in pœnam non succedere; heredes pœna non teneri. *L. pen. C. de op. no. nunt. L. constitutionibus, D. de obl. et act.* Cur ergo pœnales actiones non item ut rei persecutoriæ adversus heredes transeunt: cum constet has esse jura quibus defunctus tenebatur, dicamus autem heredem succedere in omne jus defuncti. Nimirum hoc genus incommodi exceptum est, et recte exceptum natura rei ita cogente. De pœna agitur. Omnis pœna jure constituitur delicti coercendi caussa. *L. aliud est fraus*, *D. de verb. signif.* Ea res id jus exigit, quod præclare constitutum est in *L. sancimus*, *C. de pœnis.* ibi pœnam esse debere, ubi noxa est; item peccata suos tenere debere auctores, nec ultra progredi metum, quam reperiatur delictum. Atqui cum defunctus deliquit, nullum ideo hic heredis peccatum aut delictum est. Quare ejus delicti pœna heredem teneri non oportet.

VII. Exstat de hoc genere et alia distinctio veterum, qua hic distinguuntur actiones ex contractu ab actionibus quæ sunt ex maleficio; et ex his quæ actiones adversus heredes competant, quæ non competant, notio sumitur. Sed distinctio expressa ex superiore: certe ejusmodi, quæ tota ad priorem illam debeat referri; et si in utraque parte nonnihil dissidere videbitur, debeat ex illa interpretationem capere. Quo cognito certius fiet non solum priorem illam distinctionem veram esse, sed etiam in ea jus omne de hac quæstione versari. Sic ergo de contractibus definiunt veteres. Ex contractibus et quasi contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti cum is apud quem depositum est, in deposito, aut tutor in tutela gerenda quid dolo fecerit. *L. ex contractibus L. ex depositi*, *D. de oblig. et act.* *L. si hominem*, §. 1. *D. depos.* Hoc ita non alia de caussa, quam quod actiones quæ sunt ex contractu, rei persecutionem continent. §. *rei persequendæ, Inst. de act.* Hoc ita esse ex eo intelligimus quod si qua sit actio ex contractu, quæ pœnam contineat, in ea disceditur a superiore regula, rediturque ad illam superiorem, ut placeat actionem pœnalem, quanvis sit ex contractu, quatenus talis est, ad heredem non transire. Hujusmodi est actio depositi ex his quatuor caussis, si quid depositum sit tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa: ex quibus caussis adversus eum qui depositum accepit, quod dolo malo ejus factum sit, actio in duplum datur: in heredem ex dolo defuncti duntaxat in simplum. Exstat edi-

edictum *L.* 1. §. 1. *D. depos.* Ita ne hic quidem dupli pœna qua defunctus teneri cœperat, adversus heredem transit: at detracta pœna, quæ in eo est, quod simplum excedit, actio transit, quanvis in ea delictum defuncti, id est, dolus, versetur, ut superioribus verbis edicti expressum est in *d. L.* §. 1. *depos.* et ad definitionem superiorem de contractibus pertinet, quæ ex superiore edicto recte sumitur. Cum sit autem nominatim consignata in *d. L. ex contractibus* in ea manere oportet.

VIII. Scio contrarium videri, quod scriptum est in *d.* §. 1. vers. *aliquando*, *Inst. de perp. et temp. act.* his verbis: *aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit: veluti, cum testator dolose versatus sit.* quasi ubicunque testator in contratctu dolose versatus est, ibi dicatur actio contra heredem non competere. Sed hoc ita accipi non debet. Exemplum enim ad definitionem referendum est, et in eo definitio uti concepta est, repetenda: ut sit sensus, veluti cum testator dolose versatus sit: intellige; actio etiam ex contractu aliquando non competit, ut erat propositum: non autem simpliciter non competit: quomodo definitio concepta non erat. Et ita est; cum testator in contracto dolose versatus est, aliquando actio contra heredem non competit, non semper. Quando igitur? discamus exemplo actionis depositi id tum fieri, cum etiam ex contractu actio pœnam continebit: cujusmodi est actio depositi ex illis quatuor caussis. Et de hac actione locus Justiniani accipi debet, non de ullis aliis ex contractu, repugnante *L. ex contractibus D. de obl. et act.* item actio depositi in *d. L.* 1. §. 1. *depos.* Scripsi idem ad *L. ex ea parte*, 121. §. *ult. D. de verb. obl.* Rursum de maleficiis exstat hæc juris definitio in *d.* §. 1. *Inst.* de perp. et temp. act. *Ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ.* Ex maleficiis dictum est. An ut removeantur ex contractibus actiones si quæ sint pœnales? Minime, ut declaratur exemplo superiore actionis depositi in suprascriptis caussis. Sed definitio concepta est ex eo, quod ut plurimum ac fere semper accidit. Id autem tale est, ut omnes actiones ex contractu, excepta una depositi, et id quidem ex certis tantum caussis, contineant rei persecutionem; et quæ sint autem pœnales, hæ sint solum ex maleficiis. Non est satis actionem esse ex maleficio, ut adversus heredem non competat, etiam pœnales esse oportet. In quo reditur rursum aperte ad eas definitiones quas initio posuimus, ut si actio sit pœnalis, non competat contra heredem: sin contineat rei persecutionem, competat, quanvis sit ex maleficio. Indicio erunt, ut initio dixi, condictio furtiva et actio rerum amotarum.

IX. Quod cum ita sit, ut videamus omnem hujus quæstionis dijudicationem in ea distinctione versari, utrum actio rei persecutionem contineat, an pœnæ, res in utraque parte huc redit, ut norimus, quæ actiones sint rei persequendæ caussa, quæ pœnales: de quo scripsi ad §. *sequens*, *Inst. de act.* Dicam paucis, quod hic necesse sit ad eam rem intelligi. Actio rei persecutionem continere dicitur, qua persequimur quod ex patrimonio nobis abest. *L. in honorariis*, *D. de obl. et act.* Unde intelligimus omnes esse pœnales, quibus persequimur amplius quam nobis abest. Illud hic præcipue monendum fuit, esse quasdam, quibus cum persequamur, quod nobis abest, sint tamen pœnales, quia non ad rei persecutionem, sed pœnæ tantum caussa constitutæ sunt. Ejusque rei argumentum hoc est, quod constitutæ sunt ob dolum tantum, et id ut puniant. De quibus hæc notio tenenda est, quam Ulpianus sub una specie generalem esse ostendit in *L. hujus*, §. 1. *D. quod fals. tut. auct.* quoties actio factum punit, et in dolum tantum concepta est, pœnalem esse, eoque et adversus heredem non dari, quanvis forte proposita sit ei, cui alioqui eo facto aliquid absit. Talis est actio adversus falsum tutorem, quo auctoritatem interponente decepti sumus, *d. L. hujus*, *quod fals. tut. auct.* Talis actio adversus mensorem, qui falsum modum dixit. *L.* 3. *D. si mens. fals. mod. dix.* Talis tributoria adversus dominum, qui dolo malo male distribuit mercem peculiarem. *L. illud*, §. *ult. D. de trib.* Talis adversus eum qui vim fecit ei qui in possessionem missus est. *L.* 1. §. *ult. D. ne vis fiat ei qui in poss. mis. est.* Item adversus eum, qui dolo fecit, quominus quis judicio sisteret. *L.* 1. §. *ult. D. de eo per quem fac. erit.* Talis denique actio adversus eum, qui rem alienavit judicii mutandi caussa. *L.* 4. in fin. *L.* 6. et 7. *D. de al. jud. mut. cau. facta.* Et tamen hæc postrema dicitur non esse pœnalis in *d. L.* 4. in fin. quia scilicet a parte actoris non est pœnalis, sed rei quæ illi abest persecutionem continet. Cæterum a parte rei vere pœnalis est.

XI. Interdum tamen pœnales actiones adversus hæredes transeunt. Quod duabus de caus-

caussis accidit: vel quod lis cum reo defuncto prius contestata est; vel quod ad heredem aliquid pervenit. De litis contestatione ita placet, si vivus reus judicio conventus fuerit, ex omnibus caussis, etiam pœnalibus lites contestatas, seu lite contestata pœnales actiones in heredem, similesque personas transire. *L. omnes pœnales*, *L. constitutionibus*, *L. sciendum*, *D. de obl. et act. d.* §. 1. in fin. *Inst. de per. et temp. L. ult.* in fin. *D. de fid. tut.* idque in solidum, ut expressum est in *L. unica*, *C. ex del. def. in quan. her. conven.* Quippe judicio accipiendo et lite contestanda contrahitur obligatio judicati. *L.* 3. §. *item scribit*, *D. de pec.* Omnes autem actiones ex contractu, ut rei persecutionem continent, sic heredibus et in heredes competunt. Lite autem non contestata semper actio pœnalis hactenus in heredem datur, quatenus ad eum pervenit. Etsi enim morte delinquentis crimen exstinguitur: tamen æquissima ratione placuit, quod turpiter et scelere quæsitum est, ad compendium heredis pertinere non debere, et quod idem est, injusta lucra etiam heredi extorquenda. *L. quod diximus*, §. *ult. L. videamus*, *seq. D. quod met. cau. L. in heredem*, *D. de calum. L. in heredem*, *D. de dol.* Utramque hanc exceptionem complexa est *d. L. unica*, *C. ex del. def. in quant. her. conven.*

XI. Sed quascunque actiones diximus heredibus aut in heredes dari, apparet de iis dictum esse, quæ a defuncto cœptæ, ab eo deinde ad heredes aut adversus heredes transeunt. Quid fiet, si quid promissum sit ita, ut actio a defuncto aut adversus defunctum nunquam cœperit, ac ne potuerit quidem incipere? Finge aliquem stipulatum post mortem suam dari: certum est nunquam stipulatorem ex ea stipulatione agere potuissse, aut aliquem promisisse post mortem suam dari. Ne hic quidem promissor unquam potuit conveniri. In quibus exemplis crescit dubitatio, si quis stipulatus sit dari sibi post mortem suam; aut promisit se post mortem suam se daturum: quæ exempla sunt in §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Et exstat Justiniani constitutio in *L. unic. C. ut act. ab. her. et cont. her. incip.* in qua testatur veteres non concessisse incipere actiones ab heredibus vel contra heredes: ipse contra ea constitutione admisit, sublata vetere regula contraria. De impossibilitate quæ in his stipulationibus inesse videbatur, respondi alibi, non posse quidem per rerum naturam mortuo dari, aut mortuum promissorem dare. Sed potest mortui heredi dari, et dari mortui heres. Qui autem stipulatur sibi dari post mortem suam, aut se promittit post mortem suam daturum, non de se sentit, sed de herede, quem alterum se intelligit, vel ut detur ei, vel ut det ipse. Hanc autem sententiam Justinianus spectari voluit, neque propter nimiam subtilitatem voluntates contrahentium impediri. *d. L. un.* in fin. De transmissione ejus actionis quæ ante non fuisset, nunc breviter respondebo. Non sane abs re est, quod veteres actionem ab heredibus aut contra heredes incipere vetabant. Heres enim quis, nisi qui succedit in jus quod defunctus habuit tempore mortis? *L. hereditas*, *de reg. jur.* Absurdum sit igitur quæ actiones defuncto non competierunt, heredem dici in eas succedere, vel ut ab eo incipiant, vel ut adversus eum. Et fatendum est non posse succedere heredem in eam actionem, quæ prius defuncti non fuit. Neque in eam succedi nunc dicimus, sed eam contra nunc primum post mortem defuncti incipere. Quo jure ergo incipiat ab eo, quem successorem esse oportet? Non quia in res defuncti succedit, sed quia succedit etiam in personam et locum defuncti: quo jure fit, ut quasi sit eadem persona cum defuncto, ut esse existimatur *Novel. de jur. a mor. præst.* ita jure possit stipulari heredi suo quod ei primum adquiratur, quasi sibi ipsi esset stipulatus, et heredem suum nunc primum obligare, quasi et de se ipso promisisset.

XII. Si plures sunt heredes, quibus aut adversus quos competat hereditaria actio, quæ actiones dividantur inter eos, et quæ partes in eo servandæ sint, dixi sub Titulo, *Quæ hereditas secum ferat tum commoda*, *tum incommoda.* Nunc quod locus postulabat, satis fuit ostendere, quæ actiones ex persona aut facto defuncti transeant ad heredes, vel ut his dentur, vel adversus eos.

CAP.

C A P. LIII.

Extra eos qui obligatum in potestate habent, itemque heredes neminem ex alterius facto obligari, aut conveniri posse.

I. UT eorum qui conditione personæ ex alterius persona obligantur, ea genera sunt, quæ supra diximus, dominorum, patrum, heredum: ita verum est, quod eodem loco proposui, non esse plura. Et generaliter hæc sententia certi juris statuenda est extra supra scriptas personas neminem qui se pro alio non obligarit, ex ejus contractu, multoque minus ex delicto [1] obligari aut conveniri posse. Exstat in *L.* 3. *C. ne uxor pro mar.* Id ita esse facilius statuemus, si propositis iis personis quas maxime omnium conveniri oportebat, intelligemus nullam earum pro alio posse conveniri. Si quæ sint, quæ conveniri possunt, hoc ut possint, aut matrimonii vinculum facere debet, ut inter virum et uxorem; aut conjunctio sanguinis, ut inter patrem et filium emancipatum; aut reverentia et honos debitus, ut patrono; aut ejus ipsius factum, qui post manumissionem convenitur: aut quia convenitur debitor debitoris nostri. Atqui nihil horum nobis actionem adversus alium dabit. In quo versatur tota illa tractatio, quæ aliquot titulis distinctis proponitur in Codice, a Titulo *Ne uxor*

pro marito, et quatuor sequent. Non uxor pro marito aut maritus [2] pro uxore potest conveniri. *Tit. C. ne uxor pro mar.* Non filius [3] pro patre, aut mater pro filio vel pater pro filio emancipato. *Tit. C. ne fil. pro pat.* et *Tit. ne uxor pro mar.* Non libertus pro patrono, aut servus pro domino. *C. ne fil. pro pat.* Non manumissus de eo quod in servitute gessit, quia cœpit alius homo esse. *Tit. C. an. ser. pro suo fact. post. manum. ten.* præterquam si quid promiserit, ut manumitteretur. *L.* 3. *C. eod.* Postremo non debitores debitoris nostri, nisi aut nobis cessæ sint adversus eos actiones, aut debitoris nostri bona nobis pignori esse cœperint. Quæ si erunt pignori, etiam erunt eorum nomina, id est, quæ his debentur; quoniam nomina cujusque sunt in ejus bonis. *L. bonorum, D. de verb. sig.* Hæc sententia est. *Tit. C. quand. fisc. vel priv. deb. deb. sui conven. pos.* Quæ si ita sunt in iis personis quas maxime præter cæteras æquum erat conveniri posse: perspicuum est hac enumeratione et remotione certo effici, nullas personas omnino præter superiores illas ex alterius facto conveniri posse.

1.) Incognitæ enim jure civili repræsaliæ, quibus alius pro alio, qui suum debitum in alia ditione obtinere non potuit, tenetur, vetitæ *Nov.* 52. Duar. *ad tit. C. Ne ux. pro marito.* Et LL. Longob. *tit.* 100. §. 4. alium pro alio pignorare vetant. Tametsi earum usu a vetustissimis Rom. LL. et jure fœciali originem sumpsisse putet Zas. *in L.* 2. §. *et ita leges* (*est in Florent.* versic. §. 2.) *de O. I. n.* 20. ac aliis gentibus receptum, Paul. Buf. 1. *Subtil.* 17. De quibus vid. Mynsing. 6. *Obs.* 1. Gail. *de Pignorat. Obs.* 2. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 272. Pet. Heig. *P.* 1. *Q.* 12. Guido Fojan. *Lib.* 2. *de Sequestr. Cap.* 14. Io. Koppen. Q. 41. Rutger. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 7. *Cap.* 9. Scholasticos repræsaliorum jure capi non posse tradit Rebuff. *Privil Scholar.* 150. ut nec parentes eorum illos invisentes, *idem Privil.* 78.

2) Videtur tamen casus ubi maritus ex delicto uxoris tenetur in *L.* 4. §. 2. *de aff. procons.* Bus. 6. *Subtil.* 15. *n.* 7. Sed recte Pac. 1. Q. 47. ibi Proconsulem ob suam culpam teneri, et factum uxoris sic præstare, ut aliorum quos secum habet, etiam ministrorum *L.* 1. *C. ad L. Jul. nepet.* Et Ant. Fab. *ad d.* §. 2. eo casu, quando uxorem vult secum ducere, ultro se Proconsulem periculo isti obstringere. Verus autem casus in *L. pen. C. in quib. ca. pig. tac.* Gail. 2. *Obs.* 90, *n.* 2. Contra verus casus singularis ubi uxoris res dotales obligatæ pro marito ex caussa primipilaris administrationis *L.* 4. *C. d. t.* Quæ ratio? vid. Fr. Munnoz. de Escobar. *de Ratiocin. administr. C.* 39. *n.* 9. *et seq.* Non item res aliæ, paraphernales *L.* 1. *C. de privil. fisci* quas LL. recte sic conciliant DD. diss. licet Hot. *ad d. L.* 4. Jure Lubecensium *Lib.* 1. *Tit.* 5. *Art.* 7. bello captum redimendi necessitas ex bonis conjugis. Statuta equidem quibus uxor debita mariti solvere obligata valent, cujusmodi Coloniæ, Noribergæ, Gothæ, etc. Myns. *Obs.* 29. Gail. 2. *Obs.* 90. *n.* 1. Coler. *Decis.* 51.

3) Excepta hic species primipilaris administrationis patris, quæ filium quoque obstringit, eaque sola *L. ult. Cod. de Primipilo Lib.* 12. *tit pen.* Harmenop. *Lib.* 3. *tit.* Duar. *ad tit. Cod. Ne fil. pro patre* Quis primipilus antiquis Romanis fuerit fusissime explicat Ald. Manut. *de Quæsitis per Epist. Lib.* 2. *Epist.* 3. et Covar. 1. *Var. Resol.* 16. *n.* 7. in quo Accursiani nugantur et Anton. Capyc. *Decis. Neap.* 129. *n.* 15. *et seq.* Tenetur et pro patre captivo vel carceri incluso fidejubere filius, si impietatis notam et exheredationis injuriam evitare velit *Nov.* 115. *Cap.* 3. §. 8. Hering. *de Fidei. Cap.* 7. *n.* 348. *et seqq.* Statuta vero quibus filii mercatorum tenentur creditoribus paternis, licet non probentur heredes, vades, valere putat Catellia. Cotta *in Memoral. v. Testam. in quo pater præteriit etc.* Mynsing. 1. *Obs.* 29. Contra non valere ut pater pro filio teneatur, nisi is mercatus quæstum patri referat, Benvenut. Straccha *de Mercat. P.* 1. *ult. Partis principalis*, *Quom. in causs. mercat. proced. n.* 15. De obligatione patris pro filio vid. Vinc Caroc. *de Escuss. bono. P.* 2. *Q.* 6. Cæterum significat Justinianus *in Nov.* 134. *C.* 7. suo tempore iniquitatem obtinuisse, quam in posterum exerceri districte vetat, ut liberi ob debitum paternum vinculis detinerentur et ad servitia compellerentur. Obtinuisse autem puto non certo aliquo vel constituto jure, sed pravo usu et consuetudine, in eamque, contra quam debuerunt, sæpe judices non animadvertisse. Nam et dudum antea Diocletianus et Maximianus *L.* 12. *C. de O. et A.* vetuerant generatim liberos homines vel ob debitum proprium in servitutem vindicari. Sic enim voculam *liberos* in d. *L.* 12. exponunt, nec de solis filiis filiabusve accipiunt Cojac. *in d. Nov.* 134. A Fab. i. *Jusispr.* 8. *Princ.* 6. *Ill.* 2.

HUGONIS DONELLI JURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

LBER DECIMUS SEXTUS.

De solutionibus, et omnis generis liberationibus.

CAPUT I.

Quibus modis tollatur jure obligatio: ac primum De interitu & periculo rei debitæ.

I. DE obligationibus, earumque generibus, et caussis, ac potestate hactenus. Quæ omnis eo pertinet tractatio, ut norimus, quid, cui, a quo debeatur. In quo est pars altera juris nostri, seu ejus quod suum est cujusque. Nondum tamen ad hujus juris constitutionem satis. Potest enim. quod cuiquam deberi cœpit, postea desinere deberi. Quod si fit, eo res redit, ut nihil hic magis nobis debeatur, nihil magis sit nostrum, quam si nunquam debitum fuisset, nunquam ejus rei obligatio et petitio constituta. Atqui quod accidit in cæteris partibus juris nostri, id est, ejus, quod cujusquam nostrum esse incipit, ut certis modis adquiratur ab initio, quæsitum conservetur, ac tandem etiam amittatur; idem et in hac parte accidit, ut constituatur obligatio certis modis, jure actio-

ctionis conservetur, ac tandem etiam suis modis intereat, quo debitori consulatur: quibus in partibus recte dictum est ab Ulpiano consistere totum jus, id est, id omne quod est nostrum, seu juris nostri. *L. ultim. D. de legib.* Ea res facit, ut obligatione quavis ab initio constituta, non tamen prius certum esse possit aliquid nobis deberi, quam constiterit id ita deberi cœptum, ut et perseveret, nec deberi desierit. Quod si ita est, restat etiam hæc pars ad universam debiti, et juris ex ea re nostri quæstionem, ut quomodo quidque deberi desinat, cognoscamus: ne forte cum desierit, ibi quæramus debitum, ubi nullum est. Qua parte ita de obligatione et jure suo finito admonetur creditor, ut potissimum consulatur debitori, qui vinculo obligationis solvitur.

II. Deberi unumquodque desinit, cum ea obligatione atque actione qua prius tenebatur, debitor liberatus est. Ut obligandi debitoris certi modi sunt jure constituti, ita et liberandi. Itaque qui quibus modis debitor liberetur, noverit, idem non solum quod illi commodum sit, sed etiam quod adversus creditorem deberi desinat, noverit. Et liberationum genera summa sunt duo: communes quædam omnium obligationum quædam certarum obligationum propriæ.

III. Communes liberationes si quærimus, quas in hac tractatione primas esse oportet: liberandi debitoris ratio communis jure recepta, duplex est. Aut enim liberatur quis ipso jure, aut per exceptionem. [1] *L. qui servum*, §. 1. *D. de obligat. et actio. L. cum quis*, 38. §. 1. *L. qui decem*, 72. *D. de solut.* Ipso jure liberatur debitor, cum ipsa penitus tollitur obligatio, quod fit, cum verbis ipsis legis liberatur debitor sine alio suo facto. Per exceptionem tunc, cum manente subtilitate juris obligatione aut actione, reus æquitate aliqua defenditur, proposita ei in eam rem exceptione, quam actioni opponat. *Institution. de exceptionib.* in prin. et deinceps. Quod quibus modis accidat, postea suo ordine dicetur.

IV. Tollitur jure obligatio, partim suapte conditione nullo facto atque opera adhibita eorum ad quos ea obligatio pertinet, ipsis, inquam, ignorantibus, atque etiam invitis; partim horum opera et facto. Suapte conditione et ignorantibus reis tollitur obligatio tribus modis. Aut enim mutatione prioris status [2] extinquitur, aut amissione et periculo rei debitæ, aut tempore ipso sua sponte finitur. Mutatio prioris status non quævis perimit obligationem, sed cum mutatione recidit obligatio in eum casum, a quo incipere non poterat: quod cum accidit, generaliter admissum est extingui obligationem, sententia tradita in *L. pro parte, D. de servitutib.* §. *item contra*, *Institut. de inutilib. stipulationib.* Non dixi omnem caussam, atque omne negotium extingui, cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat. Neque enim id verum est. *L. penultim.* §. 1. *D. de verbor. obligation.* Omninoque definitio ad negotia jam perfecta non pertinet, ut declaratur in §. *furiosi*, *Institut. quib. non est perm. fac. testam. L. existimo*, *D. de verbor. obligation. L. patre*, *D. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Qua ratione recte dictum est illud regula juris, *non esse novum, ut quæ semel utiliter constitutæ sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo incipere non potuerunt.* L. in ambiguis, 85. §. *non est novum*, 1. *D. de divers. regul. jur. antiq.* In negotiis nondum plene perfectis, et quæ adhuc pendent, definitioni locus est. Illud certe constitit, admissam esse in obligationibus contractis, ut si in eum casum venerint, a quo consistere non poterant, placeat eas extingui *d. L. pro parte*, *D. de servitutib. L. pen.* §. 1. *D. de verbor. obligation.* Ac de sententia tota scripsi fusius ad *d. L. penult.* §. 1. *D. de verbor. obligat.* Recidit autem obligatio in eum casum, a quo incipere non poterat, cum quæ rès ab initio constituebant obligationem, et sine quibus consistere non poterat, eæ in contrarium versæ esse desierunt. Cujus generis hæ sunt: res quæ promittitur, sine qua nihil dari aut fieri potest: personæ eorum, inter quos obligatio intercedit; neque enim quidquam deberi potest: nisi sint duo, quorum unus debeat, alteri debeatur: postremo adquirendi finis: est enim omnis obligatio in hoc comparata, ut adquirat quisque quod sua interest.

V. Demus hæc omnia recte concurrisse ab ini-

1) Ipso jure id est ipsa ordinatione seu constitutione civitatis, sine judicis sententia, sine partis exceptione, ita Vac. 1. *Declar.* 20, *n.* 2. Quando ipso jure liberatur debitor, simpliciter sublata obligatio. Ac licet condemnatio sequuta sit, quamprimum de eo (ex. gr. acceptilatione) apparet, sententia ipso jure nulla. Sed si ope exceptionis non extinguitur, verum infirmior redditur, ut operari nequeat, exceptione opposita. Quæ si non opponatur, sententia valet et justa est, Zas. *ad L.* 27. §. 2. *de pact. n.* 1. Exceptio enim initio contestanda. Et dabatur olim judicium a prætore addita exceptione: Extra quam si pactus erit ex. gr. Qua probata demum apud judicem pedaneum tollebatur actio in id temporis efficax, Baro *ad d. L.* 27. §. 4. Tametsi Bellon. 2. *Supput.* 10. putet si ex actis judicii constet de exceptione licet non opposita, cum supplere illam posse, et inde reum absolvere: Sunt et quidam speciales effectus, ut in *L.* 75. §. 1 *de L.* 1. junct. *L.* 28. *eod.* debito perempto per exceptionem utile legatum, secus si ipso jure, Ræv. *ad L.* 15. *de R. I.* vid. et Donell. noster *ad* §. 10. *Instit. de act.* et de verborum *ipso jure* variis acceptionibus Tob. Pautmeist. *Lib.* 1. *de Jurisd. C. ult. n.* 29. *et seq.*

2) Sic capitis deminutio omnis tollit obligationem. Sed Prætor dat restitutoriam actionem, Gœd. *ad L.* 20. *de V. S. n.* 2. *et* 5.

initio, eoque et constitisse obligationem. Si quid horum postea in contrarium versum erit, sive quod desierit esse res, quæ daretur, fieret; sive quod unus et idem cœperit creditor esse et debitor; sive quod creditori jam satis res sit quæsita ex una caussa, ut ex alia dari non possit: necesse est evenire, ut his casibus tollatur obligatio, quæ quibus rebus ab initio recte contracta est: non possit, quin contracta iisdem illis consistat. Hinc hujus generis liberationis receptæ tres species natæ ex illo fonte; interitus rei debitæ; confusio obligationis; duarum caussarum lucrativarum in eamdem personam concursus.

VI. De interitu rei ad liberationem ita jus est, ut debitor, nisi quod factum ejus privatum impediat, interitu rei debitæ ipso jure [3] liberetur, et ignorans ipse, et invito creditore. *L. si ex legati*, *D. de verb. obl. L. quod te*, *D. si cert. pet.* Nempe re sublata, quæ dari possit, sine qua ut ab initio non potuit contrahi obligatio, sic nec postea consistere, utpote præstatione impossibili constituta. Impossibilium autem nulla est obligatio, juxta regulam juris. *L. impossibilium*, *D de reg. jur.* Interitum hic accipi volumus paulo latius, ut contineatur non naturalis tantum, sed et civilis. Naturalem voco, cum secundum naturam res in rebus humanis esse desiit: ut cum animal promissum occisum est; ædes incendio consumptæ; fundus a mari occupatus. Civilem, cum res quæ exstat in rerum natura, desiit esse in hominum commerciis, ut jam jure civili tam dari non possit, quam si omnino non exstaret: ut si fundus promissus factus sit sacer aut religiosus; servus liber. Utroque modo sicut res pariter dari posse desinit: ita pariter et debitor tamquam re sublata liberatur. De priore interitu est in *d. L. si ex legati*, *D. de verbor. obligation.* de posteriore in *L. inter stipulantem*, 83. §. *sacram. D. eod.* §. *item contra*, *Institut. de inut. stip.*

VII. Interim exigimus non cujusvis rei, sed rei debitæ; et ut Pomponius loquitur in *d. L. quod te*, *D. si cert. pet.* interitum ejus quod te dare oporteat. Proinde si res debita non perierit, quantumvis perierint debitori res ejus omnes ad unam, nihilominus semper idem debebit, nec ullus interitus rerum suarum ei liberationem adferet. Unde eveniet, ut si quæ sint res, quæ perire non possint, recte de his in universum definiatur, debitorem nullo casu fortuito earum rerum obligatione liberari. Quod de ære alieno traditum est in *L. incendium*, *C. si cert pet.* his verbis: *incendium ære alieno non exuit debitorem.* Non sane quod perpetuum non sit, debitorem interitu rei debitæ liberari: sed, quia æs alienum, id est, pecunia numerata debita, et si quid est simile, interiisse dici non potest: ut proinde ad superiorem illam definitionem non pertineat. Tales autem sunt [4] res omnes incertæ, seu generaliter deductæ in obligationem, ut centum aurei, modii frumenti decem; centum amphoræ vini, decem boves, decem equi. Ut enim res omnes debitoris pereant, tamen dici non possunt illi centum aurei, quos debuit, periisse; quia certos non debuit, eoque non suos magis, quam alienos, sed generaliter et infinite centum, ubi ubi illi fuerint, quos nancisci possit postea, et dare. Sic enim vis est generalis sermonis, ut qui generaliter hominem promisit, legavitve, compendio orationis omnes homines comprehendisse intelligatur. *L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 2. At rebus omnibus debitoris amissis supersunt adhuc alieni nummi, qui sunt innumerabiles, quos eosdem constat non minus deductos in obligationem. Inde traditum in *L. in ratione*, §. *incertæ*, *D. ad leg. Falc.* rebus incertis legatis, puta argenti pondo tot; quidquid inde deberi semel cœperit habita ratione patrimonii, quod fuit tempore mortis, id deinceps ita debitum iri, ut ad minuendam eam obligationem nihil quidquam damna in hereditatate postea incidentia heredi proficiant: et additum, de rebus certis, si res legatæ interierint, pro nulla parte eas, ac ne æstimationem quidem deberi. Cum ergo de liberatione debitoris ob interitum rerum ejus quæritur, sciamus questionem esse in eo, utrum quod periit, debitum fuerit, necne; ut si fuit debitum, debitor liberetur; si non fuit, non liberetur.

VIII. Ex hoc jure est illa distinctio inter commodatarium, et eum cui pecunia mutuo data est, quæ extat in §. *item is*, *Inst. quib. mod.*

3) *L. quæ fortuitis* 6. *C. de pig. act. L.* 72. *pr. pen. de solut. L.* 14. §. *ult. Dep. et simil.* vid. Donell. *ad d. L.* 6. Pac. 3. Q. 63.

4) Debitor generis non liberatur si vel debet quantitatem ac rem fungibilem, vel de pluribus specie differentibus, prædicari aptam, Io. Saporita *Tr. Moræ C.* 3. *n.* 86. *et* 2. *seqq.* Nec enim generis interitus liberat, quia nullus, nec speciei, quia ea non debetur, sed una perempta aliæ manent. Pac. 3. Q. 63. Nec satis exacte Vult. 1. *Discept.* 15. *pag.* 122. regulam de casu fortuito in contractibus non præstando, *L.* 23. *de R. I.* accipiendam censet de contractibus mutuæ præstationis. Secus esse in mutuo. Nam immo casus fortuitus non recte dicitur præstari in mutuo, cum res potius pereat debitori tanquam domino, nec eum præstat in ea ipsa re ad quam restituendam obstrictus est. Exceptio tamen in pecunia trajectitia, Briss. *Lib.* 2. *de Solutionib. Tit. de Interitu*, Sed id est ex conventione. Item si genus debeatur ratione certæ speciei, ut et in debitore generis subalterni *L.* 31. *Locati* Ang. Mattheac. *Lib.* 2. *Epit. legat. C.* 21. *n.*

mod. re contr. obl. ut is quidem qui commodatum accepit, si quolibet fortuito casu id amiserit, liberetur. Nempe ideo, quod res commodata periit, et hæc certo debebatur: in mutuo pecunia mutuo data periit quidem, sed hæc non debebatur: debebatur enim alia ejusdem generis et qualitatis. *L.* 2. in prin. *L.* 3. *D. si cert. pet.* Ex eodem jure est distinctio jure recepta de periculo rerum quæ æstimatæ datæ sunt, et non æstimatæ. Quibuscunque in contractibus res data simpliciter eadem restitui debet, ut in commodato, et rebus in dotem datis: in his ita servatur, ut si res non æstimatæ datæ sint, et casu perierint, periculum sit ejus qui dedit, atque ita debitor eo casu liberetur: sin datæ sint æstimatæ, periculum contra sit ejus qui accepit, ut is scilicet nihilominus obligatus maneat. *L. si ut certo*, §. *commodatum*, *D. commod. L. plerumque*, in pr. §. *si ante*, *D. de jur. dot. L. unica*, §. *cumque*, in fin. *C. de rei uxo. act.*

IX. Cur hæc tam varie: cum sive res æstimatæ dentur, sive non æstimatæ, semper iidem sint contractus commodati, et dotis, et utrobique eædem res dentur, et quidem certæ? Scilicet quia cum res certa commodata est, aut in dotem data non æstimata, ipsa debetur, non alia, §. *item is*, *Instit. quib. mod. re cont. obl. L. unica*, §. *cumque*, *C. de rei uxor. act.* ut dicendum sit, si ea periit, rem debitam periisse. Cum autem res æstimata data est, hic contrahitur emptio, ex qua qui rem accipit, non jam hanc debet, sed æstimationem emptionis pretium. *L. quoties*, 5. *C. de jur. dot.* Quæ res facit, ut si res data pereat postea, non possit dici res debita periisse, eoque nec ejus interitu tanquam interitu rei debitæ debitor liberetur. Summa ergo hæc sit, si res debita non periit, debitorem nullo interitu rerum suarum liberari, etiamsi omnibus fortunis exciderit. Contra si periit ipsa quæ debebatur, eum liberari, quanvis ei homini alioqui locupleti res omnes suæ cæteræ salvæ sint. Tantum illud videndum est, utrum res certa debita fuerit, an incerta. De incertis hoc statuendum, has perire non posse, ideo in his omnem liberationem ex incertu rei debitæ cessare. Certæ perire possunt: ideo videndum, an perierint: quod si acciderit, tum superiori constitutioni de interitu rei locum esse.

X. Quo in genere rerum quod una tantum re certa debita accidit, ut ea perempta debitor liberetur: hoc et pluribus promissis accidit, ut una quidem perempta, debitor liberetur eatenus, sed altera obligationi supersit. Duabus rebus conjunctim debitis, puta Sticho et Pamphilo, nulla dubitatio est, cum per se singulæ et separatim tanquam solæ debeantur. Sed et hoc idem jus est, si disjunctim promissi sint Stichus aut Pamphilus. Altero scilicet mortuo ita ab eo liberatio est, ut debeatur is qui non periit, atque ita eveniet, ut qui vivit, solus petatur, ut Papinianns scribit in *L. Stichum*, in pr. *D. de solut.* Non enim is qui periit ita debebatur, ut certum esset eum esse, qui deberetur solus: quo fit ut non possit dici in eo res debita periisse. At illo mortuo jam certum esse incipit eum qui superest solum deberi. Quamobrem et hic debebitur, ac petetur, solus, ut disserui ad *L. stipulatus sum Damam*, *D. de verb. obl.*

XI. Sic tamen uno ex his mortuo non liberatur debitor, nisi prius eum debitor obtulerit, et creditor sine justa caussa accipere recusarit. *d. L. stipulatus sum.* Sed et eo non oblato sic is qui superest, debetur; ut placeat debitorem demortui pretium offerendo liberari. *L. cum res*, §. *sed si Stichus*, *D. de leg.* 1. Merito, non enim casus interveniens adimere debet electionem, quam ille ante habuit. Hoc jus mutat debitoris mora. De qua est in *d. L. Stichum*, *D. de sol.* Sed de mora postea suo loco.

XII. Sed quæcunque res debebitur, ut sequatur liberatio ex hac parte, rem interiisse volumus: de quo interdum dubitatur. Exsistit autem hæc dubitatio in area aliena promissa, in qua dominus ædificaverit. Quæritur enim an quoniam res ita mutata est, qua etiam ex mutatione ususfructus exstinguitur: exstinguatur etiam stipulatio, quasi area sublata. Tractat hanc quæstionem Paulus in *L. cum res*, 98. §. *aream*, *D. de sol.* et tandem statuit aream in qua ædificium positum sit, non ideo desinere in rerum natura esse: immo ut ædificio posito ædes consistere incipiunt; ita et maxime aream manere, quia pars ædium sit area, et quidem maxima, cui etiam superficies cedat: ideo etiam nunc peti posse aream et æstimationem ejus solvi debere.

XIII. Interitu rei debitæ posito, quem exigimus, sic hoc interitu debitor ab ea re liberatur, ut nulla sit reliqua eo nomine obligatio. Id eo spectat. Dici enim potest rem quæ non exstat, non deberi, quia per rerum naturam præstari non potest: at deberi saltem æstimationem, quia hæc potest præstari. Atque ut hanc non placeat deberi at sal-

saltem peti posse, quod ex corpore rei peremptæ superest, quasi ejus rei partem. Nos autem hoc intelligi volumus sic rei interitu exstingui obligationem, ut neque hujus, neque illius præstationis ulla supersit petitio. Sic ergo hic res perempta desinit deberi, ut nec debeatur æstimatio. *L. cum res*, §. *ult. D. de leg.* 1. *L. in ratione*, §. *incertæ*, *D. ad leg. Falc.* Merito: non enim per se deberi potest, quæ in obligationem non est deducta; et multo minus per consequentiam rei, cum desierit res ipsa jure ipso deberi. Sed etsi ex re perempta supersit aliquid, ut ex bove debito mortuo corium, caro, pilus, cornua: placet ne horum quidem quidquam deberi aut peti posse. *L. mortuo*, *D. de leg.* 1. Quippe animal tantum debitum fuit, et si de partibus agitur, animalis tantum partes. At mortuum animal esse desiit, et quidem ita, ut si quid ex eodem corpore post mortem superest, dici possit trunci et cadaveris pars esse, at certe non animalis.

XIV. Et tamen bove surrepto placet furem ita teneri conditione furtiva, ut quanvis bos casu perierit, nihilominus et corii, et carnis, et cæterarum reliquiarum sit condictio. *L. si servus*, §. 1. *D. de cond.* Optima ratione duabus de caussis. Primum quod debitorem interitu rei ita liberari intelligimus, si non ante in mora fuerit, ut postea dicetur. Fur autem ut item dicemus postea, in re furtiva reddenda perpetuo moram facere intelligitur: ut proinde quasi re exstante et de re ipsa et de partibus ejus omnibus teneatur. Tum autem alia caussa est rei debitæ ante interitum, alia rei nostræ. Animal si tantum debitum fuit, nihil hic amplius nobis debetur, quam animal, ejusque animalis, quatenus animal est, partes. Cum autem ante interitum animal nostrum est, hic non tantum ipsum animal integrum nostrum est: sed et quæcunque sunt in externo corpore partes, omnes nostræ sunt. Eo fit, ut et re mea sublata, quod ex ea superest, meum sit, ut prius fuerat. *L. solum*, §. 1. *D. de rei vind.* Si meum, etiam id vindicandi jus erit. *d. L. solum.* Ergo et in re furtiva jus condicendi; quia condictio furtiva domino competit. *d. L. si servus*, §. 1. *de cond. furt.*

XV. Sed meminerimus in omni hac liberatione hoc dicere nos, debitorem interitu rei debitæ ita liberari ut liberetur solum ab ea re, quæ periit, hac ratione quia nec a principio ea debere potuit, quæ non esset, et quia eventu fit hic quoque impossibilis præstatio. Quod si idem simul aliam rem debuit, non eo minus etiam nunc tenebitur eadem obligatione: ut si dederim tibi Stichum, ut Pamphilum mihi dares: Pamphilo quidem mortuo eum amplius non debebis, neque ejus æstimationem, et hactenus Pamphilus quem dare debuisti periculo meo erit, ut in hujusmodi specie scribit Paulus in *L.* 5. vers. *sed si scyphos*, *D. de præscr. verb.* Sed ea res non officiet, quominus possim a te repetere Stichum quem dedi, tanquam ob caussam datum caussa non secuta; quia et hunc ex alia caussa debueris atque hic non periit. *L. ult. D. de cond. caus. dat.*

XVI. Sed esto; re debita sublata debitor a præstatione omni ejus rei liberetur, quamdiu res eo in statu est. Quid fiet, si res quæ mutatione sui esse desierat, in pristinum statum redierit? an non saltem hoc casu tanquam impedimento obligationis sublato redintegratur obligatio? Placet non restitui, eaque fere summa est disputationis Pauli in *L. inter*, §. *sacram*, *D. de verb. oblig.* ubi hanc partem tractavi diligenter.

XVII. Duæ res exceptæ, navis aliena promissa postea a domino dissoluta; et promissa aliena insula sublato postea a Domino ædificio. Nam si hæ postea eadem materia restitutæ sint a domino, hæc distinctio adhibetur, ut intersit quo animo dominus primo dissolverit, si quidem hoc animo, ut restitueret; restitutas postea easdem res videri; proinde et obligationem durare, quæ magis videatur cessasse interim, quam extincta esse. Sin eo animo, ut tolleret; quanvis postea mutato consilio eas restituerit; tamen alias res videri; ideoque extinctam semel obligationem non restitui. Hoc Paulus in *L. cum res*, §. *aream*, *D. de sol.*

XVIII. Sed hæc omnis liberatio, quæ ex interitu rei contingit, hanc conditionem habet, quam supra adjecimus, si non aliquod factum privatum debitoris impediat. Tria sunt autem facta debitoris, quæ re perempta obstent ei, quominus eo casu liberetur: quæ ideo dicuntur perpetuam facere obligationem; factum, [5] culpave debitoris in re tollenda; ejus mora in re solvenda; ejusdem conventio de casu et periculo rei præstando.

XIX. Facto debitoris si res interiit, aut aliter desiit dari posse, tam tenetur, quam si

res

5) Vid. Io. Lubler. *de Incendio C.* 2. *n.* 138. *et* 5. *seqq.* confer. Barthol. Heckerman. *Cursus philos. Disp.* 21. *Probl.* 16. Sed ita si negotium istud culpæ præstationem recipiat, ut non tam casus qui sequitur, quam culpa luatur: de quibus pluribus Vaud. 2. *Q.* 53. Casu autem fortuito probato an et ostendendum debitori sine culpa sua accidisse, an culpæ probatio adversario exigatur, vid. Hartm. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 18.

res adhuc exstaret. Ut significatur in §. *item contra*, *Inst. de inut. stip.* Id autem est, quod veteres definiunt, si per debitorem factum sit, steterit, quominus re stante eam daret, ac postea res perierit, detrimentum ejus esse, ac nihilominus eum teneri. *L. quod te*, *D. si cert. pe'. L. si ex legati*, *D. de verbor. oblig.* Apparet enim maxime per eum stare, quominus rem det, qui ipse fecit, quominus posset dare: quem præcipue constat perpetuo teneri. *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. obligat.* Hoc idem declarat illa constitutio veterum, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, ut refertur à Paulo in *d. L. si servum*, §. *sequitur.* Nam et hæc præcipue culpa est debitoris in interitu et periculo rei, cum ipse fecit, quominus solvere possit, ut Paulus *ibidem* interpretatur. Unde et hoc factum in hac culpa præcipue numerat: de qua etiam specie in explicatione ejus regulæ ideo disserit statim initio *d. L. si servum.* Ergo hoc factum, atque hæc facti culpa perpetuat obligationem, idest, ut explicatur in *ead. L.* §. *nunc videamus*, perpetuam facit: id autem est, facit, ut debitor deinceps perpetuo teneatur, quasi res exstaret. *d. L. si ex legati*, *L. nemo*, 82. §. 1. *D. de verb. oblig.* Factum idest, si vel occidit ipse promissum animal, vel rem aliam debitam de medio sustulit, aut rem exemit ex hominum commerciis, dum aut fundum promissum sacrum aut religiosum facit, aut servum promissum manumittit. *d. L. si ex legati*, *d. L. si servum*, in prin. *D. de verb. oblig.* Sane qui servum promissum occidit ex caussa legibus cognita, non tenetur *L. quid ergo*, §. *si heres*, *D. de leg.* 1. *L. qui servum*, *D. de verb. oblig.* Nulla enim culpa est in eo, quod jure facias. *L.* 4. *L.* 5. §. *injuriam*, *D. ad L. Aquil.* Constitutio autem veterum tantum hic culpam notat. Adeo autem debitor qui rem debitam nullo jure occidit, tenetur, ut quanvis ignorans esse debitam occiderit, placeat eum teneri: veluti si heres promissam aut a se legatam ignorans occiderit. *d. L. si servum*, §. *de illo*, *de verb. obligat.* Merito, ne factum cujusquam alteri damnum adferat, quæ ratio redditur in hac specie in *L. quidam*, §. *pen. D. ad Treb.* Neque vero hoc factum culpa vacat, ut proinde hæc sententia superiori constitutioni adversetur. De quo tamen quia potest dubitari, licet adire ea quæ scripsi in eam rem ad *d. L. si servum*, in princ. Per debitorem factum, ut res interimeretur, sic accipimus, non solum si interemit ipse, aut sustulit de medio rem privatam, sed etiam si alius quivis, si factum debitoris ei rei caussam dedit. Ideo si servum promissum alienavit, placet eum semper teneri, si novus dominus eum occidit, vel manumisit. Hoc in *ead. L. si servum*, in prin. ubi et rationem hujus sententiæ expedivi. Idem est, si servum aut aliud animal compulit, ut alii malefaceret, unde factum sit, ut ab illo occideretur. *d. L. quid ergo*, §. *ult. de leg.* 1.

XX. Sed quoniam culpa, qua fit, ut res debita intereat, non tantum in faciendo est, sed etiam in non faciendo, ut si quis servum ægrotum negligat, quamobrem et is sit mortuus: quæsitum est, utrum hanc quoque culpam debitor præstare debeat, ut re ideo perempta non minus teneatur, quam si facto ejus atque opera res periisset. Tractat hanc quæstionem Paulus in *d. L. si servum*, statim ab initio. *D. de verb. obligat.* Et negat promissorem ea culpa teneri, quæ sit in non faciendo. Negat, inquam, si promissor animal ægrotum non curaverit; atque ita passus sit interire, cum eo nomine non teneri. Et addit rationem, quæ ad omnem negligentiam etiam latam pertineat; *quia*, inquit, *qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur*: quo declarat debitorem ideo posse suo jure non curare ægrotum, quia non promiserit se in re promissa quidquam facturum. De quo etiam disserui pluribus ad *d. L. servum*, in princ.

XXI. Sed hæc de promissore a Paulo dicta sunt, id est, qui ex stipulatione contracta stricti juris rem debet. In contractibus bonæ fidei, ut commodato, deposito, pignore, emptione venditione, locatione conductione, societate; itemque in legatis et fideicommissis aliud servatur; in quibus omnibus debitor dolum et latam culpam, nec non et latam negligentiam semper præstat: usque adeo, ut præstet etiam in deposito. *L.* 1. §. *ult. L. quod Nerva*, *D. depos.* Culpam autem ita, ut sunt ii contractus, qui dolum et culpam recipiunt: de quibus paulo post dicetur in amissione rei debitæ, quæ salva rei substantia contingit. Nunc exemplo erit emptio et venditio. Item legata et fideicommissa: in quibus sive venditor servum venditum nondum traditum ægrotum non curavit; sive emptor idem fecit in servo, quem redhibere vult, sive heres idem in servo legato, et inde servus periit: placet eos omnes obligatos manere. *L. quod si nolit*, §. *culpam*, *D. de ædil. ed. L. cum res*, §. *pen. D. de leg.* 1.

CAP.

C A P. II.

De mora.

Mora quoque perpetua fit obligatio. I.
Mora quid. Justa hæc vel injusta. Posterior in jure solemnis. II.
Tria ad moram necessaria. III.
1. *Interpellatio unica, eaque contempta, esto citra judicium facta.* IV.
Nisi fuerit interpellato recusandi justa caussa. V.
Quæ justæ caussæ recusandi. VI.
2. *Dies obligationi adjectus, idemque transmissus.* VII.
Quid dies differat ab interpellatione. VIII.
3. *Injusta alienæ rei detentio. Hæc ad quos pertineat; et quid illi cum mora conveniat.* IX.
Quibus in caussis mora committatur ex ipsa rei dilatione. X.
Finitur mora voluntate creditoris; et quatenus XI.
Item opera debitoris. XII.
Purgatio moræ qualis: quæ ejus vis et effecta XIII.
Moræ periculum sequitur debitorem. XIV.
Exponitur L. si plures 14. §. 1. D. dep. *Eademque cum* L. item si §. ult. D. de R. U. *et cum* L. cum res §. *ult.* D. de legat. *conciliatur.* XV.

I. UT culpa debitoris, quæ interitui caussam dedit, sic ejus mora perpetuat obligationem. Est enim mora species ejus culpæ, per quam fit, quominus debitor præstet, quam debuit: quam culpam veteres, ut dixi definiunt perpetuare obligationem. *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. obl.* Id autem habet hanc sententiam, si res debita perierit post moram, teneri eum nihilominus perinde ac si res exstaret, eoque perpetuo. *L. nemo*, 82. §. 1. *L. si ex legati*, 23. *D. de verb. obl. L. quod te, D. si cert. pet.* Scripsi pluribus et ex professo jam olim de hac parte in commentario de Mora; attigi eumdem locum ad *L. si ex legati*, *D. de verbor. oblig.* et ad *L. quod te*, *D. si cert. pet.*

II. Nunc ut pro instituto summam breviter exsequar. Mora in debitore generaliter dicitur, omnis debiti dilatio sive ea non injusta sit, sive sit injusta. Quo modo in *L. si pupillus*, *D. de verb. oblig.* dicitur initio pupillus moram fecisse, qui paulo ante negatur fecisse; dum scilicet hoc significatur verbo eum fecisse moram, quia solutionem distulit; jure autem non fecisse. Et in *L.* 1. §. *item is*, *D. ad leg. Falc.* in hoc legato heres meus Sejo penum dato: si non dederit, decem dato; heres dicitur solum decem debere, si moram in penu solvenda fecerit. Abusive moram fecerit, pro cessaverit penum dare: cum vere in penu solvenda moram facere non possit, a quo ea penus peti non potest. Sed in usu juris, quo verbum moræ ad effectus adversus moram jure constitutos refertur, mora dicitur solum ea quæ injusta est; ubi autem justa ratione aliquid fit differendi caussa, in mora non habetur. *L. sciendum*, *D. de usur.* Idque est omnino quod dicitur in *L. mora*, in pr. *D. de usur.* moram non ex re fieri, sed ex persona. Id enim valet, non fieri moram ex dilatione rei sola, aut ut hoc explicatur alibi, ex ipso tempore tardæ solutionis, quod est in *L. minorum*, *C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est.* Sed ex persona, id est, ex vitio personæ, seu si qua culpa in persona ejus qui differt, ac cesserit, ut dici possit esse quod ei imputetur, si non solverit.

III. Injustam debiti solvendi dilationem, ac proinde moram tria faciunt: interpellatio creditoris contempta; dies solutioni adjectus transmissus; et alienæ rei occupatio detentioque omnis cum maleficio conjuncta.

IV. Interpellationis hæc vis est. Debitor recte interpellatus, si non præstat quod debuit, et nulla recusandi justa caussa est, moram facit. *L. mora*, in pr. *D. de usur. L. si ex legati*, *D. de verb. obligat.* Nihil hic amplius veteres exigunt ad moram, quam ut debitor a creditore sit interpellatus. *d. L. mora*, *d. L. si ex legati.* Itaque non adjiciunt judicio. Proinde non tantum si creditor egerit cum debitore, debitor hoc modo

mo-

moram faciet: quo modo moram fieri a reo, qui litigare maluit, nulla dubitatio est, constatque ex his locis. *L. nemo,* 82. §. 1. *de verbor. obligation. L. item si*, §. *ultim. D. de rei vindicatione.* Sed etsi interpellatus sit debitor extra judicium, et denuntiatum ei, ut solveret. Collectio est veteribus usitata, ut in *L.* 9. §. 1. *D. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, vers. *a quo*, *D. de her. pet.* Quamquam et sententia ipsa de extrajudiciali interpellatione satis indicatur in *L. mora*, illic, *et non sufficit*, *D. de usuris*, et *L. si decem*, 48. *D. de verbor. obligation.* Ne illud quidem exigunt, ut debitor interpellatus sit sæpius. Unde et illud intelligimus, vel unam interpellationem creditoris contemptam ad moram satis esse. Et ideo quod quibusdam locis proponitur debitor sæpius conventus et denuntiationibus sæpe datis, ut *L. qui Romæ*, §. *coheredes*, *D. de verb. oblig. L. Æmilius*, *D. de minor.* ad factum referri debet, non ad jus. Proponitur enim in facti narratione, quia ita res gesta erat, et quia ad summam frustrationem debitoris arguendam conducere videbatur; non quia plures denuntiationes, si creditor omittere vellet, essent jure ad moram necessariæ. Sed tamen si deerunt cætera, puta dies adjectus, aut maleficium, una saltem aliqua interpellatione ad moram est opus. Quod si ante quam interpellaretur a legatario heres, inquit Pomponius, Stichus legatus mortuus est, heres non tenetur: quia nihil per eum factum est Hoc. in *L. Titiæ*, 36. §. *ult. D. de leg.* et significatur satis in *d. L. si ex legati*, *D. de verbor. obligat. d. L. mora*, *de usur.* Hoc ideo, quia nulla culpa est debitoris, si non interpellatus non solvit, ubi scilicet creditor non interpellans ostendit se facile pati eam moram, et paratum exspectare. Quod contra fit, ubi petiit a debitore, quod debebatur. Tum enim aperte declarat se sibi statim solvi velle, nec velle amplius exspectare: adversus quam voluntatem si debitor cessat, manifesta ejus culpa est, vel potius dolus.

V. Non tamen statim moram solutioni facit, qui interpellatus non solvit; sed qui interpellatus nullam recusandi caussam justam habuit, ut proposui. Quam qui habet, is in mora non est, etiam si ad judicium provocet. *L. sciendum. L. si quis solutioni*, *D. de usur. L. illud*, *D. de heredit. petit.* Redeundum enim est semper ad definitionem illam superiorem, moram fieri non ex re, sed ex persona, id est, vitio et culpa personæ.

VI. Interpellato recusandi justæ caussæ sunt quatuor. Prima est, si interpellatus non debuit: sive non debuit omnino, ut jure ab eo peti non posset, sive non ita debuit, ut petitur. Qui non debuit nisi naturaliter, ut pupillus qui sine tutoris auctoritate promisit; aut debuit quidem civiliter, sed tutus est exceptione; interpellatus si non solvit, juste recusat, nec moram facit. *L. si pupillus*, *D. de verbor. oblig. L. lecta*, vers. *pen. D. si cert. pet.* Idque est quod regula juris traditur, nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio est. *L. nulla*, *D. de reg. jur.* sumptum ex *d. L. si pupillus.* Nulla petitio, id est, nullum jus petendi, seu nulla actio efficax jure constituta. Ut declaratur in *d. L. si pupillus.* Et explicatur apertius in *d L. lecta*, vers. *penul. D. si cert. pet.* Idem est, si certo loco quis debuit, et alio loco petitur, ubi scilicet non debuit. Et hoc est, quod exigitur ad moram, ut debitor opportuno loco sit interpellatus. *d. L. mora*, *de usur.* Idem est, si promissor ante diem in quem promiserat, interpelletur. *L. cum filiusfamilias*, §. *ult. D. de verbor. oblig.* Secunda caussa est, si qui vere debuit, non intellexit, nec ulla justa caussa fuit, propter quam intelligeret se debere. *L. quod te. D. si cert. pet.* ut, si petatur ab herede ignaro, quid defunctus debuerit. Nam hic justam ignorantiæ caussam habet. *L. qui in alterius*, *D. de reg. jur.* Aut si is petat, cui deberi verus debitor nesciat: puta si petat is, quem verum procuratorem creditoris debitor non putet, aut creditoris heredem. *L. si quis infitiatus*, *D. depos.* Tertia est, si et debuit quis, et scivit se debere, sed quo tempore petebatur, rem in potestate non habuit, nec dolo fecerat, quominus haberet. *d. L. quod te*, *D. si cert. pet.* Quarta est, si cum omnia concurrerent, ut sciret debitor se debere, et rem in potestate haberet; ideo distulit, quia voluit prius ad solutionem adhibere testes, aut fidejussorem ejus obligationis; ne forte iterum solvere cogatur vel creditori vel fidejussori, qui ignarus posset postea solvere. *L. sciendum*, *D. de usur.*

VII. Quod valet creditoris interpellatio ad moram: id valet sine alia interpellatione dies obligationi adjectus: Qui certo die dare debuit, si eo die non solvit, hoc ipso moram facit sine ulla alia interpellatione: ut et pœna eo transmisso die ipso jure committatur, et si res postea pereat, periculum sit debitoris. *L. magnam*, *C. de contr. stip. L. qui sine*, *D. de negot. gest. L.* 4. §. *ult. D. de leg. con.* Nec metuamus, ne hic falsum sit, quod Marcianus definit, moram non ex re fie-

fieri, id est, ex ipsa sola dilatione, sed ex persona, id est culpa et vitio personæ. *d. L. mora, D. de usur.* Nam et hic manifesta culpa est debitoris, si sua die non solvat, qui jam statim a principio obligationis contractæ intellexit velle creditorem sibi eo die solvi: quod cum intellexerit, supervacua omnis alia interpellatio est ad eum monendum. Et quod *ibidem* adjicit, moram fieri ex persona, id est, si interpellatus debitor non solvit: nihilomagis huic parti adversatur. Primum quia dies adjectus satis quotidie admonet et interpellat debitorem, ut est in *d. L. magnam, C. de cont. stip.* Deinde quod illa verba, *id est*, ita accipienda sunt, quasi dictum esset, utputa, seu veluti, ut est usus frequens Jurisconsultorum. Exemplum in *L. jurisgentium, §. pactorum, D. de pact.* quod pluribus ostendi ad *L. quod te, D. si cert. pet.*

VIII. Illud inter diem adjectum, et interpellationem interest, quod ad diem re non soluta ita fit mora, ut quominus fiat, debitor nulla debiti ignorantia aut inopia rei præstandæ excusetur, quanvis in interpellatione utrumque contra esse dixerimus. Ut puta, promissum est aliquid dari certa die, et nisi datum esset, promissa pœna. Placet promissore ante diem mortuo quanvis nondum quisquam heres exstiterit, pœnam committi. *L. ad diem, D. de verb. oblig.* Ubi tamen constat cum nullus adhuc sit heres, idemque debitor, neminem esse, qui intelligat se debere, neminem qui rem solvendam in potestate habeat. Quæ sententia ostendit, hoc ipso, quod sua die non solvitur, sine ulla recusandi caussa moram fieri. Non enim committitur pœna, nisi mora facta. *L. lecta, vers. dicebam, D. si cert. pet.* Quæ cur ita, et quam recte in die adjecto adversus debitorem recepta sint, pluribus ostendi ad *d. L. ad diem, D. de verbor. obligationib.* Solum in die adjecto hæc debitoris justa defensio esse potest ad dilationem, si cum vere deberet, nulla exceptione tutus, dum sua die paratus est solvere, prius voluit adhiberi amicos testes, aut fidejussores suos; ne his non adhibitis aut non admonitis temere solvat, quod postea cogatur dependere, *d. L. sciendum, 21. D. de usuris.*

IX. Idem ad moram efficit alienæ rei detentio cum maleficio conjuncta, qualis est in furibus, in his qui aliena rapuerunt, qui alium de possessione fundi aut ædium dejecerunt, denique qui quid alieni invitis dominis occuparunt, aut ante occupatum nunc invitis dominis tenent. Hi omnes ex ipso tempore delicti moram facere, atque adeo plusquam frustratores esse intelliguntur, ut jam inde ab initio sive res perierit, sive deterior facta sit, periculo omni subjiciantur duretque adversus eos eadem actio, quæ futura esset rebus integris. *L. in re, §. 1. L. ult. D. de cond. furt. L. 1. §. rectissime, L. penult. D. de vi.* Dicitur quidem in his mora fieri in rem in *L. ult. C. de cond. ob. tur. cau.* dum hoc significatur moram hic fieri ex ipso tardæ restitutionis tempore. *d. L. in minorum, C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est.* Sed non eo minus et hic verum est illud superius ex *L. mora, de usur.* moram hic fieri non ex re, sed ex persona: dum intelligamus moram hic fieri ex re quidem aut in rem, ut ante diximus; veruntamen non ex re solum, sed etiam in persona, atque horum utrumque in hanc speciem concurrat. Et sane hic maxime ex omnibus caussis mora fit ex vitio et culpa personæ, cum superiores intelligant se volentibus atque ita exigentibus dominis rem ablatam restituere debere, quam sciunt se his invitis abstulisse, et quidem ita, ut nec auferre debuerint, ut indicatur in *d. L. ult. de cond. furt.*

X. Si nihil horum erit, idest, si cum obligatio aut actionis caussa abesset a maleficio, et pure quid deberetur, ne interpellatus quidem reus fuerit a creditore, ut solveret, aut ita erit interpellatus ut justa illi fuerit recusandi caussa: moram debitor non facit, quantocunque tempore non solverit: ut sit id quod ante diximus, moram fieri non ex re, sed ex persona, *d. L. mora, de usur.* Sed hoc ex jure communi dictum accipiendum est. Cæterum jure singulari quibusdam in caussis receptum est, ut mora fiat ex ipso tardæ solutionis tempore, uno verbo ex re, seu in re, seu in rem. Tot enim modis veteres eamdem rem exprimunt. *d. L. mora,* in princip. *L. sed etsi,* in fin. *D. de usur. L. ultim. C. de cond. ob turp. caus.* Receptum id favore personæ in persona minorum; quibus hoc datum est, ut si quid his debetur, quanvis ex contractu et pure, nec ab his ulla sit interpellatio: non eo minus debitor exinde moram faciat, ex quo his cœpit debere, nec solvit. Unde et præstatione fructuum atque usurarum, et periculo rei debitæ obstringatur. *L. in minorum, C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est. L. 1. §. ultim. D. de usur.* Receptum alias favore rei; ut in fideicommissariis libertatibus, quibus ita consultum est, ut si heres rogatus sit servum manumittere, idque pure, sine alia interpellatione libertati mora fiat, si

cum

cum primum manumittere potuit, non manumisit. *L. cum vero*, §. *apparet*, *D. de fid. lib.* Postremo et rei æquitas suasit eamdem moram in re admitti, cum creditor interpellare creditorem voluit, et non extat, qui conveniatur. *L. sed etsi*, in fin. *D. de usuris.* Sed quoniam hoc modo mora non fit, nisi certum sit neminem extare qui interpelletur, ut possit postea de eo in judicio constare, hic consilium datur a veteribus, ut creditor qui ad interpellandum venerat, et neminem offendit, quem conveniret, idipsum testatione complectatur, idest, testibus ad eam adhibitis complectatur scripto, quod curet a testibus obsignandum: tum deinde futurum, ut id pro petitione cedat. Hoc in *L.* 2. *D. de naut. fœn.*

XI. Mora ab initio his modis facta, quos diximus, non tamen semper mora est. Potest enim mora semel facta postea finiri: quod cum fit, tam debitor in mora non est, quam si nunquam moram fecisset. Finitur mora partim voluntate creditoris, partim debitoris opera. Voluntate creditoris, cum omisit debiti repetendi instantiam, ut Marcianus loquitur in *L. mora*, in fin. pr. *D. de usur.* Omittit hanc instantiam creditor aperta voluntate, cum se dicit eam remittere debitori. Quod fit, exempli gratia, cum ita dicit, petieram prius a te ut solveres; jam non egeo, non insto tibi: solves postea cum voles, aut cum erit commodum: mihi satis est, si des cum postea petiero, ut amici et humani creditores facere solent. Sed et tacita voluntate, nec tamen minus manifesta hanc instantiam remittere creditor intelligitur, cum obligationem transfert in aliud nomen et alium statum obligationis. Veluti cum novationis caussa eamdem rem a debitore stipulatus est: quo modo prior obligatio tollitur; de quo postea suo loco. Finitur, inquam, hoc modo maxime mora voluntate creditoris, sive novatio effectum habeat, sive non habeat: satis est ad remittendi voluntatem, quod creditor putavit subesse. *L. parvi*, *D. de cond. furt. L. scire*, §. *ult. D. de verb. obl.* Hanc voluntatem inde intelligimus, quod creditor hac translatione aperte id egit, ut necessitatem solvendi, quæ ex priore obligatione erat, debitori remitteret. Cui remissioni consequens est, ut quæcunque ex ea obligatione erant, simul ei remittantur. Erat autem ex ea obligatione mora præcedens.

XII. Debitoris opera finitur mora, cum is postea quod debet, offert creditori, et hic opportuno loco et tempore oblatum sine alia justa caussa accipere recusat. Hac recusatione creditor moram incipit facere: quam ut posteriorem illi nocere æquum est: diciturque proprie hoc modo mora purgari et emendari. *L. interdum*, §. *ulim. L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verbor. obligation. L. qui decem*, *D. de sol.* De qua parte tota, ut et de superioribus scripsi fusius in commentario de mora. De hac etiam diligentius ad *d. L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verbor. obligation.* Nunc tamen quia cœpi, breviter attingam.

XIII. Hujus purgationis hæc vis est, non ut liberetur omnino debitor, aut ut præstationis alicujus actionem jam ante creditori plane quæsitam evitet, sed tantum ut futuri temporis periculo liberetur. Inciderit, exempli gratia promissor in pœnam, quia sua die non solvit quid, quod nisi præstitisset, pœnam promiserat. Nulla postea rei prius promissæ oblatio eum præstatione pœnæ liberavit, quippe actio pœnæ semel quæsita est creditori: quæ illi invito auferri non potest. *L. Celsus*, *D. de recept. et qui arbitr. recep. L. trajecticiæ*, *D. de obl. et act.* Hac de caussa nec post litem contestatam offerendo debitor liberatur. *L. si insulam*, *D. de verbor. obligation.* quia scilicet et hic judicio contractum est, unde et nova actio actori quæsita judicati *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Ne hanc quidem sequente oblatione debitor illi auferre potuit. *L. ultim. D. de pact.* Valet tantum, ut dixi, hæc oblatio ad purgandum in futurum moram, ne scilicet illi postea noceat. Quæ res facit, ut si postea res perierit, debitor sine nova interpellatione tam liberetur, quam si moram a principio non fecisset. *d. L. interdum*, §. *ult. d. L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verbor. obligation.* Adfert hæc oblatio hoc amplius, ut si forte pro natura contractus de quo agitur, debitor in re custodienda non solum dolum, sed et culpam præstare debuerit, ut venditor in re vendita, maritus in re dotali; si semel obtulerit, non jam amplius præstare debeat, quam dolum. *L. illud*, *D. de peric. et com. rei vend. L. si mora*, 9. *D. sol. mat.* Neque tamen eo usque procedit hæc liberatio, quin si postea iterum interpelletur debitor, et is non solvat, moram rursum incipiat facere, et iisdem periculis subjici, quibus ante purgatam moram tenebatur. Inde dictum posteriorem moram nocere. *d. L. illud*, *D. de peric. et com. rei vend.* Inde regula juris, unicuique moram suam nocere. Unicuique, id est, tam cre-

creditori quam debitori, et hoc prout hic aut ille posterius moram fecerit. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *D. de reg. jur.*

XIV. Mora a debitore facta, ejus vis duplex est: una cernitur in accessionibus rei debitæ; ut in fructibus, et usuris: altera in rei debitæ periculo, de quo nunc agitur. Fructus et usuræ in bonæ fidei judiciis, itemque in legatis et fideicommissis ex mora accedunt, ut suo loco diximus, cum ageremus de accessionibus rei debitæ. Hoc in *L. in fideicommissi*, 3. in princip. *L. mora*, 32. §. 1. *L. usuræ*, 34. *D. de usur. et fructib. et caus. L. in minorum*, *C. in quib. causs. in integr. restitut. necessar. non est.* Periculum interitus, de quo nunc agitur, ita sequitur moram, ut si res postea perierit, debitor omnimodo teneatur, quasi res extaret, *d. L. si ex legati. L. nemo* §. 1. *D. de verbor. obligationib.* Non sane ut res ipsa peti possit, quæ præstari non potest: sed ut rei æstimatio. Idque ita etiam adversus furem constituitur in *D. in re*, in prin. *D. de condict. furt.* Et tamen quia dum petitur æstimatio, ipsa res peti videtur, ubi æstimatio pro re præstanda est: non male hac actione dicatur res quæ periit post moram, etiam nunc peti posse, quomodo loquitur Paulus in *L. si servum*, §. *ult. D. de verbor. oblig.* Recte, ut dixi, dum hoc referatur ad æstimationem, quæ quia præstatur pro re, ipsa res præstari videtur. Hactenus vero debitorem post moram omnimodo teneri verum est. Quod sic accipiendum est, ut teneatur etiamsi sine dolo malo et culpa, negligentiave ejus perierit. Veluti si fundus debitus perierit chasmate; animal promissum demortuum sit natura sua. Hæc in *L. cum res*, §. *ult. D. de leg.* 1. et *L. item si verberatum*, §. *ult. D. de rei vindicat.*

XV. Sed hac parte rem dubiam fecit *L. si plures*, §. 1. *D. depos.* ubi his verbis scriptum est; *si res* deposita *natura sua ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori* Ego autem quod olim scripsi in commentario de mora, confirmavi pluribus ad *L. si ex legati*, *D. de verbor. obligat.* idem nunc quoque retinendum puto, superioribus verbis non definiri absolute, naturalem interitum post moram ad actorem pertinere, sed eam sententiam temperari conditione quæ sequitur in illis verbis, *utique cum interitura esset ea res.* Omnino enim tenendum est, in his verbis non contineri rationem præcedentis sententiæ, quasi illa esset absoluta, quæ ratione subjecta confirmaretur, sed contineri ejus sententiæ temperamentum. Est autem hic sensus: Sabinum et Cassium dicere naturalem interitum ad actorem pertinere: utique, id est, sed ita, seu sed tunc, cum interitura res esset, etsi restituta esset actori. Quod et verissimum est, neque prioribus adversatur, sed confirmat potius. Nam quod aliis locis superioribus traditur, interitum naturalem, qui sine dolo et culpa debitoris contigerit ad reum moratorem pertinere, hac ratione defenditur, quod si actor cum petiit, rem accepisset, vendere potuisset, et pretium lucrari; atque adeo id facturus fuisse existimatur tantum ideo, quia potuit, ne mora debitoris possessorisve illi noceat. Hoc in *d. L. item si*, §. *ult. D. de rei vind. d. L. cum res*, §. *ult. D. de leg.* 1. Quod cum ab Ulpiano dicitur utroque illo in loco, satis declaratur hoc illum tunc solum admittere, cum actor rem receptam distrahere potuit. At hoc non negat, qui dicit interitum ad actorem pertinere, cum res interitura esset, etsi restituta esset actori. Non enim fuit res interitura actori, si is eam distrahere potuit. Ipsum quidem corpus interiret natura; at effectu non videtur interire ei qui distraheret: quoniam qui pretium habet re vendita, is rem habere videtur. *L. quia*, 39. *D. de usufr.* quemadmodum e converso ei videtur res abesse, cui pretium abest. *L. Labeo et Sabinus*, *D. de verb. sign.* Quod si rem receptam distrahere actor non potuit; et periit postea natura sua etsi restituta esset: ubi scilicet actor neque rem ipsam habere potuit, neque pretium. Hic autem demum interitus est, quem negat Cajus ex sententia Sabini et Cassii ad debitorem etiam post moram pertinere. In *d. L. si plures*, §. 1. *D. depos.* Quod et ipsum agnoscit Ulpianus, qui interitum istum ad debitorem pertinere dicit, hac ratione, quia rem distrahere potuit, et hoc modo pretium habere. Significat enim se hac ratione cessante diversum putare. Quid ergo potest accidere, ut creditor rem receptam non possit distrahere? Sane vero multis modis, ut pluribus ostendi in commentario de mora. Nunc paucis contentus ero. Finge cum debitor et creditor essent in eadem navi, ubi et res erat quæ debebatur, eam rem naufragio periisse. Non potest hic dici creditor vendere potuisse in navi, ubi nulli mercatores essent. Finge fundum debitum petitum a minore: Is eum acceptum non venderet; quia prædia minorum sine decreto alienari non possunt, neque ex de-

decreto possunt, nisi justa caussa postulet. *L.* 1. *D. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Finge heredem petiisse rem, quæ ab eo legata erat. Eam receptam heres non venderet, prohibet enim constitutio Justiniani, res restitutioni obnoxias alienari. *L. ult.* §. *sed quia*, et deinceps, *C. com. de legat.* In his vero, et similibus recte dixerimus naturali interitu, et quisquis est casus qui sine dolo et culpa debitoris contigerit, debitorem liberari; in eamque sententiam utemur. *d. L. si plures*, §. *ult. depos.* Ad alios casus, aliasve personas debitoris is locus non pertinet. Quin et ipse Ulpianus eamdem sententiam confirmat in *L. item si*, 14. §. *quid si homo*, in fin. illic, *sed etsi non culpa*, *D. quod met. caus.*

CAP. III.

De periculo ex conventione præstando: item quæ de interitu rei debitæ supra dicta sunt, ad deteriorationem omnia pertinere.

Conventio de casu rei præstando perpetuam efficit obligationem. I.

Si tamen ea conventio adjiciatur in continenti, et quare. II.

Conventio, qua quis casum omnem præstat in contractibus utilis; secus in judiciis, et quare. III.

Quæ valent in interitu rei ad liberationem debitoris, eadem et in rei deterioratione in idem valere. IV.

Item in deterioratione liberatione debitoris obstare superiora illa tria debitoris facta; et quatenus. V. VI. IX.

Debitori, quando est in mora, litem æstimari quanti plurimi post moram res fuit. VI.

Æstimationem autem in res certas cadere, ad incertas et generaliter debitas res non pertinere. VII.

Cujus temporis æstimatio præstanda VIII.

Solutione, vel redditione deterioratæ rei liberatur debitor in duobus caussis. X.

1. *Si creditor sciens deteriorem rem factam sponte acceperit.* XI.

2. *Si rem ex stipulatione debitam ignoranti creditori sciens debitor aut ignarus solverit. Quo juris effectu sciens debitor hic loci ab ignaro differat.* XII.

Quid si res facta deterior ignoranti creditori soluta ab ignaro debitore, eadem debita fuerit ex bonæ fidei contractu. XIII.

I. QUod re perempta facit ad perpetuandam obligationem culpa debitoris in re tollenda, item ejus mora in re solvenda; id multo magis efficit ejus conventio de casu et periculo rei præstando; cum præcipue pacta sint servanda ex edicto prætoris. *L. jurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Ac de eo ita jus est: Si convenit initio, ut debitor ejus rei, quam præstare aut restituere debuit, interitum aut [1] periculum præstet, conventio servanda est; qua efficietur videlicet, ut re postea quanvis casu perempta, ita teneatur debitor, ut qui rem prestare non potest, præstet pro re æstimationem. Extat definitio in *L. contractus*, *D. de reg. jur.* varie alibi confirmata in certis generibus contractuum, ut commodato, deposito, pignore, in *L.* 1. *C. com. L.* 1. *C. depos. L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act.*

II. Exigimus, ut conventio hæc interposita sit initio, ut sunt verba. *d. L. contractus*, *D. de reg. jur.* Initio, id est in re contrahenda; quod alibi dicitur ex continenti, et in negotio gerendo. *L. jurisgentium*, §. *quinimmo*, *L. pacisci*, *D. de pact.* ut intelligamus, si re contracta, postea et ex intervallo idem inter contrahentes convenerit, conventionem [2] non valere. Ut, si commodem

1) Periculum plerunque significat fatale damnum, sæpe tamen quodvis, ex culpa etiam contingens, vid. P. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. pag.* 122. Gæd. *ad L.* 7. §. 1. *de V. S. n.* 3.

2) Quod si vero conventione agatur, ut debitor minus præstet quam ex natura negocii præstandum, exempl. gr. ne teneatur de culpa illa vel illa, conventio, etsi ex intervallo adjecta, efficax, quia pertinet ad liberandum, non ad obligandum, Donell. *ad L.* 6. *Cod. de pig. act. n.* 35.

dem tibi equum, et velim casum et interitum ejus rei a te præstari, id ita consequar, si in commodando convenerit, ut periculum equi susciperes: vel, quod idem est, si dederim tibi commodato ea lege, ut periculum ad te pertineret. Sic enim conventio legem contractui dedit, ut est in *d. L. contractus*, id est, formam et temperamentum, ut sit jam ea conventio ex ipso contractu, ac tanquam reliquus contractus valeat. Quod si simpliciter tibi commodaverim equum, deinde ex intervallo, puta postero die, convenerit inter nos, ut periculum equi præstares, hæc conventio te non tenebit: ut re postea fortuito casu sine dolo malo et culpa tua perempta non minus libereris, quam si de casu præstando nihil convenisset. Hæc ideo, quia ut periculum præstes, conventio est, qua id agitur, ut re perempta liceat mihi petere æstimationem, et eo nomine agere. At ita jus est de hujusmodi conventionibus, ut si interponantur in re gerenda seu in continenti contractus, sint pars contractus: unde et actionem ex eodem contractu pariant: sin interponantur postea, et ex intervallo, non sint pars contractus, eoque sint pacta nuda: ex pacto nudo jure civili non nascitur actio. *L. in bonæ*, . *legem*, *C. de pact. L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimo*, *D. eod.* Sane si ex intervallo mihi de ea re stipulatione cautum sit, utilis est conventio. Unde et re perempta actio erit ex stipulatu. *Inst. de verborum obligat.* in pr. §. *de constituta*, *Inst. de actionib.*

III. Ad vim hujus conventionis de periculo et interitu rei præstando nihil interest, utrum de certo aliquo interitu et periculo convenerit, an vero generaliter [3] convenerit hoc modo, ut omne periculum debitor præstet. Ut in cæteris omnibus caussis generalis conventio valet, continetque omnes species ei generi subjectas non minus, quam si specialiter expressæ essent. *L. obligatione*, *D. de pign. L. sub prætextu*, 2. *C. de trans. L. si servitus*, *D. de servit. urb. præd.* Ita et in hoc genere, ut omne periculum præstetur, utilis et justa conventio est: ut quocunque casu res perierit postea, periculum sit debitoris. *L. jurisgentium*, §. *si paciscar*, illic, *item si quis*, *D. de pact. L. et Aristoni*, *D. mand. L.* 9. §. *Julianus*, *D. loc. L.* 1. *C. com. L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act.* Quod tamen in cautione judicio sistendi caussa facta non placuit: de qua ita scriptum est in *L.* 4. §. *quæsitum D. si quis caut.* Si convenerit, ne a reo, qui promisit se judicio stiturum, ulla exceptio ob desertam promissionem judicio sistendi caussa factam objiciatur, conventionem non valere; sed ita admittendam, *si specialiter caussæ exceptionum expressæ sint*, *quibus a promissore sponte renuntiatum est.* Hæc conventio, ne qua exceptio objiciatur ab eo, qui judicio non stitit, nihil aliud continet, quam ut teneatur omnimodo qui non stitit, sive culpa ejus factum sit, quominus sisteret, sive casu quovis fortuito, puta tempestate, aut itineribus ab hoste vel prædonibus interclusis. Eam, inquam, conventionem, quia generalis sit, placet in superiore cautione non valere. Sed hoc proprie receptum est in cautione judicio sistendi caussa facta. Et merito receptum: quia fieri potest, ut reus non sistat culpa; fieri potest, ut non sistat prohibitus casu. Incertum est autem, utrum hoc sentiat actor, ut velit reum teneri, quanvis casu fortuito prohibitus non stiterit. Et verisimile est actorem id non sentire, ex fine cautionis. Nam hac cautione non id agitur principaliter, ut pecuniam sibi quærat actor, sed ut metu pœnæ reum a tergiversatione deterreat. Quæ si abest, non solet hæc mens es-

3) Periculum in se generatim recipiens an teneatur de casu fortuito fusissime Hieron. Pantschman. *Lib.* 1. Q. 6. Num necessaria specialis enumeratio, idem *d. Lib.* 1. Q. 9. et Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Cap.* 21. *p.* 268. *et seq.* Sed num receptio periculi et casuum fortuitorum extenditur ad casus insolitos et plane insperatos? Acris contentio est. Aff. Pinel. *in L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 30. *et* 2. *seqq. per L.* 78. §. *ult. de contr. empt.* Fachin. 1. *Contr.* 86. Setser. *Lib.* 1. *de Juram. Cap.* 25. *n.* 58. *et seq.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 54. *n.* 6. Sed quæ ratio hunc movit, confestim mihi vitiosa visa est. Durius est, arguit Vasquius recipere præstationem casus crebrius contingentis quam rarioris, duriorque hujus præstatio quam rarissimi. Quare putat dubium fuisse veteribus, recepto casuum fortuitorum periculo: non an de rarissime contingentibus teneatur, sed an de frequentioribus, quia casus fortuiti appellatio vim fatalem magis, quam damna crebro contingentia significare videatur. Quare, pergit, conductor, recepto periculo, tenebitur et de crebro contingentibus ex natura locationis, et ex caussa conventionis, non tantum de insperato et inaudito, sed et de raro, de quo majus dubium. Minus ambigi putat, quod contrahentes senserint de rarissimis, quia si eos præstat, rarissime periclitatur. Durius autem stringitur si et raros præstat. Attamen per verba generalia, quæ restrictionem non patiuntur, necesse est utrosque venire. Si venditor contra naturam contractus, periculum susceperit, sine dubio, ait Vasquius, ejus est damnum rarissime accidens. Dubium in eo superest, an et quod raro, non tamen rarissime, evenire solet, præstetur, magisque an quod frequenter. Atque hic vult Vasquius, raros et rarissimos casus præstari, crebriores non præstari per *L.* 15. §. 2. *Locati L.* 78. §. *ult. de contr. empt. L.* 6. *Cod. de pig. act.* Quæ LL. ad hoc impertinentissimæ contrarium probant. Atque hæc est summa opinionis Vasquii, que refelli vix meretur. Sensus illi communis, observantia contractuum, usus vitæ satis superque resistunt. Miror qui in mentem venerit Vasquio, magis qui in calamum, dum convenitur inter contrahentes de periculo, de rariori et plane insperato maxime cogitatum esse, cum tamen de eo, ob omen, inauspicatum, fere cogitari non soleat, de communibus autem casibus fortuitis cogitatum non esse. Nec opinor, fuerunt, eruntve, huic opinioni adstipulantes. Nam DD. vulgo casus insolitos contineri censentes, communiores tamen alios non excludunt, nec de illis justiorem dubitationem esse diffitentur. Tametsi vero ea sententia non improbabilis sit, cum primisque *d.* 78. §. *ultim.* probari videatur, magis tamen placet negativa opinio quoad casus valde insolitos, de quibus verosimile est cogitatum non fuisse. Menoch. *Arb. Cap.* 80. Gutierez *de Juram. confirmat. P.* 1 *Cap.* 24. *n.* 6. Io. Lubler. *Tr. de incendio Cap.* 2. *n.* 131. *et seqq.* (post multos quos citat) qui et ad *d. L.* 78. §. *ultim.* respondet, et *n.* 137. extendit etsi jusjurandum accesserit.

esse actoris, ut quidquam præstetur. Jam vero nulla tergiversatio est in eo, qui casu prohibitus non venit. Atque ut forte hæc actoris mens sit, ut etiam casibus fortuitis intervenientibus sibi agere liceat: tamen hoc incertum est, et de eo potest litigari. Repugnat autem naturæ judicii, ut hæc incertitudo hic admittatur. Quippe judicio id agitur, ut res promoveatur, et lis exitum habeat quam citissime. Superior autem incertitudo litem auget, non minuit: atque adeo litem ex lite serit; quam rem in judiciis jus aversatur. *L.* 4. §. *ait*, *D. de re jud. L. quidam*, *D. si cer. pet.* Quocirca summa ratione ob hanc incertitudinem et stipulationis et voluntatis actoris superior generalis conventio in judiciis [4] repudiata est. Contraria de caussa hæc eadem conventio admissa est in contractibus: nam in his cum creditor de periculo sibi cavet, perspicuum est eum id agere, ut pecuniam sibi adquirat, rei peremptæ æstimationem.

IV. Atque hæc de interitu rei debitæ dicta sunt, vel ut eo liberetur debitor, vel ut ne liberetur: quorum hæc est summa. Interitum rei a nullo præstari, et quod idem valet, eo interitu debitorem ab ea re liberari ita, ut exinde neque rem debeat, nec si quid ex ea re superest, aut ejus rei æstimationem: obligationem videlicet recidente in eum casum a quo incipere non poterat. Sed cum hac exceptione, nisi quod factum debitoris impediat liberationem. Facta autem hæc esse tria: culpam debitoris, quæ interitui caussam dederit; moram in re solvenda, conventionem de interitu et periculo præstando. In quibus omnibus monendi sumus quæ de interitu rei dicta sunt ad debitoris liberationem, eadem et in re deteriore facta intelligenda esse, vel ut periculo deteriorationis liberetur debitor, vel ut ne liberetur. Nam deterioratio interitus pars quædam est: cum quanto res deterior facta est, tantum de re quæ prius erat integra, decessisse intelligatur. Ergo ut interitu rei debitæ, a quo culpa et mora, atque conventio debitoris abest, debitor liberatur in totum: ita et re deteriore facta, quantum id est quod decessit, nec eatenus tenetur: ut rem postea qualis est, id est deteriorem præstando liberetur. Hujus sententiæ confirmatio abunde est in ea definitione, quæ est de interitu rei: si quidem et deterioratio interitus pars est, ut ante dixi. Quæ enim de re tota dicuntur, eadem et de parte intelligenda sunt pro portione. *L. quæ de tota*, in prin. *D. de rei vind.* Certior etiam confirmatio in his sententiis juris certi; casus fortuitos a nullo præstari: item, quæ fortuitis casibus accidunt, nullo judicio præstari. *L. contractus*, in fin. *D. de reg. jur. L. quæ fortuitis*, *C. de pign. act.* Casus enim fortuiti, seu ea quæ casibus fortuitis accidunt, non tantum sunt in damnis rei peremptæ, sed etiam in damnis rei deterioris factæ. Quo fit, ut utraque hæc damna superioribus sententiis contineantur.

V. Sed et hæc sententia de deterioratione easdem illas exceptiones superiores habeat: extra quam scilicet si debitoris opera res deterior facta sit, aut facta post ejus moram, aut convenerit, ut periculum in ea re præstaret. Debitor qui rem debitam deteriorem fecit, veluti: qui animal promissum vulneravit, aut debilitavit, tenetur, ut præstet, quanto res deterior facta est. *L. qui sibi*, 33. §. 1. *D. de solut. L. hujusmodi*, §. *ædes*, *D. de leg.* 1.

VI. In eadem caussa est debitor, qui moram fecit, si post ejus moram res facta sit deterior, quocunque tandem casu id accidat sine dolo malo ejus et culpa; scilicet ut illi tanti lis æstimetur quanti plurimi res fuit post moram. *L.* 3. in fin. *D. de cond. trit.* Inde dictum, post moram cum de re æstimanda quæritur, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit. *L. in re*, §. 1. *D. de cond. furt.* Eamdemque sententiam habet illa definitio quæ exstat in *d. L.* 3. in fin. si post moram deterior res facta sit, habendam æstimationem, quanto deterior facta sit, et in eo ad tempus moræ reducendam esse æstimationem. Ad tempus moræ sic accipe, non ad unum aliquod, puta quo primum mora fieri cœpit, aut ad aliquod ex iis quæ postea secuta sint; sed ad omne, ex quo mora facta est, ut spectetur id, quo unquam plurimi res fuit, et ad id redigatur æstimatio, quæ scilicet deinde præstetur.

VII. Sed meminerimus has sententias de æstimatione rei præstanda, quanti plurimi res fuit post moram, locum habere, et nominatim conceptas esse a veteribus tantum in rebus certis, et iis quæ possunt post moram fieri deteriores; quod non cadit, nisi in res certas; quod diligenter observandum est. *d. L. in re*, §. 1. *D. de cond. furt. d. L.* 3. *de cond. trit.* Ad res vero incertas, et generaliter debitas hæc definitio non pertinet. Velu-

4) Non igitur dicendum verba: *ita si specialiter etc.* Tribonianum suo marte adjecisse, ut Cujacius 14. *Observ.* 7.

luti, si vinum ex mutui caussa debeatur, aut debeantur cæteræ merces, quæ pondere, numero, mensurave constant.

VIII. De quarum rerum æstimatione si quæratur, ut præstanda sit, et quæratur cujus temporis æstimatio sit præstanda, hæc distinctio est, et summa veterum sententia, ut si dictum esset, quo tempore res præstaretur, æstimandum esset, quanti tunc fuisset; si de die nihil convenit, quanti tunc cum judicium acciperetur. Exstat hæc sententia de vino mutuo dato in *L. vinum, D. de reb. cred. si cert. pet.* et *de condict.* ubi in eam sententiam fuse disseruimus: de reliquis mercibus in *L. ult. D. de cond. trit.*

IX. Conventio debitoris de periculo rei præstando, multo magis hoc efficit, ut re deteriore facta id periculum præstet debitor: si modo, ut supra relatum, id initio convenerit.

X. Etsi autem hæ exceptiones hic valent, similiter ut in interitu rei quandiu res præstita non est: tamen hoc proprium est hujus partis, ut re deteriore soluta jus interdum commutetur, fiatque, ut debitor qui re deteriore nondum præstita tenebatur, ut præstaret quanto deterior facta est, ea reddita solutave, liberetur: quod accidit duabus in caussis.

XI. Una, si creditori scienti rem deteriorem factam, et talem sponte accipienti dederit. Sive enim placet rem deteriorem factam, nihilominus eamdem videri, atque ita eam que debebatur, esse solutam: ideo hoc casu certo jure debitor liberatur, quia solutione ejus quod debetur, tollitur obligatio, ut postea dicetur. *Instit. quib. mod. tol. obl.* Sive placet rem deteriorem factam, esse aliam: tamen etiam hic ideo liberatur debitor, qui deteriorem dedit, quia et hic quoque jus certum est, aliquid pro alio solvendo debitorem liberari: tantum ut res soluta fiat accipientis, nec evincatur. *L. si quis aliam, D. de sol. L. manifesti, C. eod.*

XII. Altera caussa est in rebus stipulatione promissis, aut alias actione stricti juris debitis. Si quis rem ex stipulatu debitam deteriorem factam solvat; quanvis deterior facta sit a promissore ipso, aut aliunde quidem, sed post ejus moram, et soluta ignoranti creditori a sciente promissore, heredeve ejus, tamen placet subtilitate juris liberatum debitorem vetere actione: tanquam qui rem eamdem quam debuit, solverit, cujusmodi solutione constat omnem obligationem tolli. *d. tit. Inst. quib. mod. tol. obl.* in princ. Sed quoniam proponimus eum qui sciens se teneri ignoranti solvit, ac per hunc errorem creditoris consequitur dolo malo, ut liberetur, placet sic eum liberari veteri actione, ut de re nihilo minus teneatur: nempe actione de dolo. Hoc in *L. et eleganter, §. non solum, D. de dol.* Sed actione de dolo dumtaxat, ut una hæc adversus illum post hanc sulutionem supersit actio. Unde intelligimus si debitor, rem ita deteriorem; factam ignoranti creditori et ipse ignorans sine dolo malo solverit, puta heres ignorans rem promissam deteriorem factam a defuncto, aut deteriorem factam post ejus moram; omnimodo et vetere actione, et de re liberetur. Nam si de re nulla adversus eum actio est, nisi de dolo, in eo autem qui ignarus solvit totum id quod se debere putabat, nullus dolus est, fit, ut cessante de dolo actione, nulla amplius adversus eum sit eo nomine actio. Hoc ideo, quia res etsi deterior facta, eadem tamen est natura, quæ prius fuerat. Utputa, Stichus promissus, quanvis vulneratus, aut claudus factus, idem tamen Stichus est, qui prius, si naturam spectare volumus: neque enim qualitas, commoditas, aut figura corporis prior immutata, animalis ipsius, et totius corporis substantiam mutavit. Alioqui dicendum esset, alios esse homines, qui ætate creverunt, quibus pilus accessit, aut qui ætate vel morbo imbecilliores vel deformiores facti sunt. Ita re deteriore soluta, semper secundum naturam et substantiam rei verum est eam rem solutam, quæ debebatur. Regula autem juris de solutione nihil amplius exigit ad liberationem, quam ut solutum sit, quod debetur.

XIII. Aliud servatur in re ex contractu bonæ fidei debita; puta, commodata, aut deposita. Eam si post moram deteriorem factam reddat creditori commodatarius aut depositarius, aut etiam heres, quanvis ignoranti reddat ignarus sine dolo malo: tamen placet non modo non liberari eos de re, quæ deterior reddita est, sed eo nomine veteres actiones commodati et depositi manere: hac ratione in hoc genere a veteribus reddita, quod non dicatur proprie res reddita, quæ deterior redditur. *L. 3. §. 1. D. commod. L. 1. §. si res deposita, D. depo.* Atqui modo dicebamus rem videri eamdem, etiam quæ deterior facta est eoque et soluta ea eamdem videri solutam. Non sunt hæc contraria: dicuntur enim recte diversis rationibus. Corpus rei et substantiam si spectamus, natura eadem res est, quæ deterior facta est, ut ante dixi. Si spectamus utilitatem rei; recte dicitur non videri rem redditam, quæ deterior redditur,

vi-

quasi aliam redditam: quoniam cœpit alia rei utilitas esse, et alia æstimatio. Cujus rei cum rationem haberi æquum sit; ideo et hæc interpretatio admittitur in bonæ fidei judiciis, in quibus omnia æstimantur, quæ sunt ex æquo et bono §. *in bonæ*, *Inst. de actio.* Hæc etsi ita sunt; tamen in singulis hujus juris partibus de re deteriore facta, multa sunt quæ contraria videri possunt. Ea nos diluere, ac totum hunc locum explicare diligenter conati sumus ad *L.* 3. *D. condict. triticar. num.* 27. Inde peti potest, si quid huc facere videbitur.

CAP. IV.

De confusione obligationis.

Confusio obligationis, liberationis species seu tollendæ obligationis modus. I.

Et quomodo. I. III.

Ea quid sit, et unde ita appelletur. II.

Vis et effectus confusionis in qua debitor creditori succedit, aut vicissim, talis: vel cedit pro solutione, vel personam debitoris eximit ab obligatione. IV.

Pro solutione cedit confusio, in qua principalis debitor liberatur, et omnis occasio. V.

Item ea ia qua creditor jure suo percipit illud etiam, quod illi solum natura debetur. VI.

Cum duo sunt ejusdem rei debitores, obligatione eximitur et quidem cum accessione persona illius cui creditor successit; alter manet in obligatione. VII.

Cum debitorum alter principalis est, alter fidejussor; interest utri creditor successerit. Quid in utroque valeat obligationis confusio. VIII.

Confusio obligationis inter fidejussorem et principalem, fidejussorem liberat: dummodo principalis non sit debitor natura dumtaxat. Quid si talis. IX. X.

Ast obligatio principalis manet eadem quæ antea. Quæ duo hinc consectaria. XI.

Exponitur L. Stichum 95. §. quod vulgo D. de solut. XII.

Tollitur confusione obligatio in totum aut pro parte; et quatenus. XIII.

Non confunditur obligatio inter duos stipulandi aut promittendi reos. Emendatur L. si duo 93. §. item si D. de solut. XIV.

Illud autem cui bono. XV.

I. Altera species mutati status obligationis, qua obligatio sua sponte tollitur, est confusio obligationis, superiori liberationi de interitu rei proxima: qua scilicet et ipsa res redit in eum casum, a quo incipere non poterat. Confusione sua sponte tolli obligationem constat.

II. Est autem [1] confusio obligationis; cum jus et locus duarum personarum, quas in obligatione constituenda distinctas esse oportebat in unam eamdemque personam devenit hereditatis jure: Veluti cum creditor debitori succedit, aut contra debitor creditori. Hoc jus ita traditur, itaque appellatur hæc species liberationis in *L. sicut*, 75. *L. si duo*, 93. *L. Stichum*, §. *aditio*, *D. de solutionib. et liberation. L. debitori. C. de pactis. L. Granius*, alias *Uranius*, *D. de fidejussorib. L. ut debitum*, *C. de hereditar. actionib.* Definitio indicatur in *L. penult. D. de solution. et liberation.* Sic dicta confusio, quod quæ prius jura, et nomina duabus diversis in personis distincta erant, in una persona ita permiscentur, ut quod unius est, id totum alteri tamquam in eo fusum in eadem persona tribuatur: ut, cum creditor debitori, vel debitor creditori heres exstitit, ita confunditur eorum jus in una persona; ut fiat [2] qui creditor est, idem et debitor; et qui debitor, idem creditor confusis nomi-

1) Cujac. 7. *ad Afric. in L.* 20. *de her. vend.* definit quod sit Concursus debiti et crediti in eandem personam, qui plerumque contingit aditione hereditatis. Idem 9. *ad Afric. in L. frater a fratre*, Confusionem duobus modis fieri: Aditione hereditatis, et acquisitione peculii. Sed vid. *not. Lib.* 14. *Cap.* 19.

2) Hæc caussa hujus juris, quia ratio non patitur ut idem sibi obligetur, Duar. *de Cond. ind. C.* 6. *ad L. frater a fratre f.* 911. Gomez. 2. *Resol.* 13. *n.* 20. Nec genuina ratio est Ant. de Padilla *ad L.* 67. §. 3. *de L.* 2. quia videatur testator ita instituisse si actionem adversus se heres remittat. Male. Idem enim est in successione intestati. Et alia ratione vocatur tacita pensatio *d.* §. 3. quia qui confundit secum ipse pensat *L.* 33. *Sol. matrim.*

nibus, recteque possimus eumdem simul creditorem et debitorem appellare.

III. Hoc genere tolli obligationem, quia redierit res in eum casum, a quo incipere non poterat, apparet. Constat enim non posse ita constitui obligationem ab initio, ut idem sit creditor et debitor: alium namque esse oportet, qui debeat, et alium cui debeatur: idque natura ipsa efficit. At successio ista, qua creditor debitori, aut debitor creditori succedit, eo rem deducit, ut idem debitor et creditor esse incipiat, a quo casu, consistere obligationem a principio non potuisse diximus. Quo fieri necesse est, ut et hac ratione tollatur, pertinetque liberatio ad eam definitionem, quam initio posuimus, obligationem exstingui, quoties recidit in eum casum, a quo incipere non potuit.

IV. Confusionis hujus duæ sunt species, ac totidem ex hac caussa liberationis, dissimili nonnihil effectu. Una species est ea, quam ante commemoravimus, [3] cum debitor creditori heres exstitit, aut contra creditor debitori: de qua superioribus illis in locis, quos de jure confusionis esse diximus, comprehensum est. Effectus hic est, ut interdum pro solutione cedat: interdum persona debitoris tantum eximatur obligatione.

V. Pro solutione [4] cedit, cum tantum efficit ad dissolutionem obligationis, quantum ad eam rem efficeret vera solutio. Id contingit sine exceptione in persona ejus debitoris, qui successit creditori, aut cui creditor successit. Solutionis hæc vis esset, in debitore quidem ut liberaretur ea solutione debitor, et una omnes ejus accessiones: in creditore autem, ut solutione ejus quod debetur, consequeretur totum quod debetur, quia illi debetur totum. Horum utrumque efficit hæc confusio in persona ejus qui creditori aut cui creditor heres exstitit. Primum confusionis in ipso debitore certa et perpetua hæc vis est: ut quanvis personam tantum debitoris hic eximi diceremus, tamen hac exemptione et liberetur ipse, et eo liberato liberentur ex ejus persona accessiones. Hoc in *L. Granius*, illic, *et puto aditione. D. de. fid.*

VI. Quod autem ad creditorem attinet, qui debitori successit, hæc in eo confusionis istius vis est, ut totum quod ei debebatur, jure suo percipiat, quisquis fuerit debitor etiam is qui natura tantum deberet; idque faciat etiam tum, cum jussus est hereditatem restituere; quo tempore potissimum hujus solutionis effectus cernitur. Id Papinianus indicat in *d. L. Stichum*, §. *aditio*, *D. de sol.* hoc exemplo. Finge debitorem fuisse pupillum, cum nummi crediti erant sine tutoris auctoritate: quem constat non teneri, nisi quatenus locupletior factus est. Si creditor ab eo jam adolescente facto heres sit institutus, et rogatus restituere Titio hereditatem, ac creditor hereditatem adierit: *non*, inquit Papinianus, *quanto pupillus locupletior factus est, heres consequitur, sed in solidum creditum ex hereditate retinet.* Atque hoc modo, inquit, aditio, ac per aditionem confusio creditori, qui successit, pro solutione cedit. Sic enim fieret, si ipse sibi debens, sibi ipsi solveret, ut solent omnes in suis commodis erga se esse affecti.

VII. Quapropter si unus est tantum debitor, non potest ista confusio nisi pro solutione superiore cedere. Quod si plures debitores erunt ejusdem rei, et uni tantum creditor heres exstiterit, hic demum persona obligationi eximitur, ut est in *d. L. Granius*, *D. de fid.* Quæ res facit, ut in persona ejus debitoris, cui creditor successit, quoniam ipse eximitur, eadem interveniant, quæ supra diximus: ut scilicet et debitoris persona exempta liberetur, et simul liberentur accessiones: cæterum alius debitor, qui accessio non sit, maneat obligatus. Propone hoc modo. Duo sunt rei promittendi ejusdem rei: eorum uni successit creditor. Liberatur is, cui successum est, heres is qui successit, itemque fidejussores et pignora. Alter reus ejusdem pecuniæ non liberatur, eoque nec mandator, aut fidejussor ejus. Itaque tenebitur alter aut in solidum, si duo rei socii non fuerunt, aut pro parte, si fuerunt socii. Si tamen is qui superest, alterius correi mandatu intercesserit; haberet mandati actionem adversus eum si viveret: ideo et eo mortuo habebit adversus creditorem, qui ei successit. Quare etsi a creditore cœperit conveniri,

3) Idem est si ad fiscum bona creditoris vel debitoris perveniant *L.* 2. *C. h. t.* item si utramque hereditatem creditoris et debitoris tertius quidam acquirat.

4) Ac perinde ea exstinguitur obligatio atque solutione *L.* 21. §. 1. *de lib. Leg.* licet civiliter contingat liberatio *L. pen. h. t.* quia sola juris ratione, absque naturali numeratione vel præstatione *L.* 3. *de separat.* Hoc tamen non est perpetuum. Nam vendita hereditate manent venditori actiones integræ *L.* 2. §. 18. *de her. vend.* item evicta ea per querelam inofficiosi *L.* 21. §. *ult. de inoffic.* ratio in *L.* 95. §. 8. *in fin. h. t.* item pupillo adversus aditionem restituto *L.* 87. §. 1. *de acq. her.* Hodieque integræ servantur iis qui cum inventario adeunt. *L. ult.* §. 4. *C. de I. delib.* Non tamen restituuntur, hereditate ablata indigno *L.* 8. *L.* 17. *L.* 18. §. 1. *de his quæ ut indig.* Exceptio in *d. L.* 17. *in fin.* In ratione quoque L. Falcidiæ actiones confusæ reputantur *L.* 6. *L.* 8. *C. ad L. Falc.* Briss. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Confusione.* Quando confusioni vis solutionis, Cujac. 7. *ad Afr. in L.* 33. *Sol. matrim.* vers. *quod ad alterum attinet.*

niri, multo magis habebit adversus eum exceptionem doli mali, juxta regulam juris: cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis quis dixerit. *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.* Hæc sententia est summa responsi Pauli in *d. L. Granius*, *de fid.* Illud semper relinquitur, si is reus qui superest, nullo alterius rei mandato ad promittendum accesserit, eum quanvis altero confusione superiore liberato nihilominus stipulanti creditori obligatum manere, tenerique aut in solidum, si socius non fuit, aut pro parte, si fuit socius. Quæ res ostendit confusionem superiorem attulisse tantum exemptionem personæ defuncti, pro solutione autem non cessisse. Nam si ea confusio pro solutione esset, utriusque ex reis promittendi sublata esset obligatio, ut accidit, quoties unius solutione obligatio tollitur. *L.* 2. *D. de duobus reis*, §. 1. *Inst. eod.*

VIII. Sed et duo ejusdem rei debitores ita esse possunt, ut unus sit reus principalis, alter fidejussor. Faciamus ergo et hic creditorem alteri successisse, et quæri, utrum in hac confusione debitor tamquam confusione liberetur, an vero persona tantum eximatur obligatione. Interesse dicemus, utrum creditor debitori heres exstiterit, an vero fidejussori. Si debitori; consequens est superioribus, utrumque liberari tamquam solutionis jure: quoniam etsi quis dixerit hic tantum eximi personam debitoris, tamen quia exemptione liberatur, necessario hoc evenit, ut liberentur et accessiones. *d. L. Granius*, *de fid. L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* Id autem ita fieret, si solutum esset nomine debitoris. Quod si creditor heres extitit fidejussori: dicemus contra solum fidejussorem esse liberatum; utpote exemptum obligatione: quæ exemptio ejusdem liberationis participem reum principalem ideo facere non potest, quia reus non est accessio fidejussoriæ obligationis. Hoc in *d. L. Granius*, in fin. prin. *D. de fid.* Jd autem non fieret, si creditore fidejussori succedente hæc confusio pro solutione haberetur: nam cum fidejussor simpliciter solvit, totam solvit obligationem, facitque, ut debitor quoque liberetur *L. Modestinus*. *D. de solut.*

IX. Altera species confusionis est, [5] cum fidejussor, idemque debitor, successit reo principali, eidemque debitori, aut contra: quo casu placet fidejussorem liberari, debitoris principalis obligationem manere. *L. si duo*, 93. in fin. *L. Sticham*, §. *quod vulgo*, *D. de sol.* Confusionis et liberationis caussa ex eodem illo fonte est, quod nemo ab initio et debitor esse potest, et pro se apud eumdem fidejussor aut mandator exsistere: ut quemadmodum incipere obligari ita quisquam non potest, ita nec obligatus remaneat. *L. heres*, §. *servo L. Granius*, illic, *sed et accessiones*, *D. de fid.* Ideo autem hic non liberatur reus principalis, quia ut a principio is solus debere potuit: ita et nunc potest, cum accessit fidejussoria obligatio; ut proinde non sit caussa, cur tollatur principalis, cum non redierit in eum casum, a quo incipere non posset. Sed quia dum manet principalis reus, non potest idem esse et pro se fidejussor; necessitas eo rem reducit, ut fidejussoris et accessionis omnis obligatio tollatur.

X. Sed hoc *toties verum est*, inquit Papinianus, *quoties rei promittendi plenior est obligatio*. Quod sic interpretandum est, quoties principalis obligatio naturalis est et civilis æque atque fidejussoria. Tum enim hoc ipso plenior est principalis obligatio, quod cum sit civilis, hoc semper in se habet amplius, quod est principalis. Hoc autem significat Papinianus, si obligatio rei principalis, cui fidejussor recte accesit, fuerit tantum naturalis: ut fit, si pro pupillo sine tutoris auctoritate naturaliter obligatio fidejussor intervenerit; si hic pupillus decesserit fidejussore herede, hoc casu fidejussoris obligationem [6] manere, et creditorem hujus obligationis æque agere nunc posse adversus fidejussorem, ut ante poterat. Quod et ipsum ita interpretatur Africanus in *L. heres*, §. *servo*, illic, *quod si hic servus*, *D. de fid.* Et recte: Non enim debet hac confusione ita tolli obligatio, quia actio creditori adversus alterum saltem ex debitoribus salva sit. Quod in proposito non fieret, si fidejussor naturali obligationi adhibitus, cum debitori heres extitisset, liberaretur: ubi constat debitorem principalem ex obligatione naturali conveniri non putuisse. *L. naturalis*, *D. de obligat. et action.*

XI. Quod si et reus principalis obligatus fuit

5) Quam confusionem minus proprie vocari, Cujac 7. *ad Afric. in L.* 2. §. 1. *de fidei.* quia prior fit utrinque, hæc ex parte fidejussoria tantum. Et principalis manet, quia major et plenior tollit minorem. Proculiani autem tantum admittebant confusionem ubi heres reo fidejussor, non ubi contra, ut refertur *d. L.* 59. §. *ult.* ratione ea, quia cum reus heres fidejussori, principali supervenit fidejussoria, quæ eam superventu non potest excludere minor et debilior majorem; nec ipsa potest excludi quia non supervenitur, sed supervenit, ita Cujac. *d. lo.* Exactius hac de confusione tractant Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 11. et Hering. *de Fidei. C.* 20. §. 16.

6) Atque tunc vult Cujacius *d. lo.* nec fidejussoriam tollit per principalem, quia civile vinculum majus, nec contra, quia non potest dici fidejussoria major quoad hoc, cum accedat principali. Utramque igitur in suo statu manere.

fuit naturaliter et civiliter: toties admittit Papinianus in *d. L. Stichum*, §. *quod vulgo.* Fidejussore debitori herede exsistente fidejussoriam obligationem tolli, principalem autem manere, sic tamen ut maneat dumtaxat talis, qualis ante fuerat. Hinc hæc duo sunt consequentia, quæ Papinianus indicat in *eadem L.* quorum unum spectatur in fidejussore, alterum in obligatione debitoris principalis. In fidejussore isto primum hoc consequens, ut si is ex sua persona propriam exceptionem habuit, eam heres factus amittat, ubi jam non tanquam fidejussor, sed tamquam debitor principalis suo nomine. Id dedeclarat Papinianus in ea *L.* §. *aditio.* In hoc exemplo. Mulier pro debitore fidejussit. Etsi jure summo obigatur, habet tamen auxilium et exceptionem Vellejani, ne ex ea caussa conveniatur. *L.* 2. *D. ad S. C. Vellejan.* Si ea postea debitori heres exstiterit, Papiniani sententia est, incipere jam eam creditori omni modo teneri, et in eo auxilium exceptionis amittere, quia, inquit, *inconditum sit subvenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur*, id est, quia in proposito incipiat mulier non ex fidejussionis caussa quæ sublata est, sed ex persona debitoris conveniri, idque suo nomine: quippe heres, quæ in debitoris locum successit. Non conveniat autem, ut quæ suo nomine convenitur, utatur auxilio senatus consulti quod iis tantum propositum est, qui alieno nomine conveniuntur. In obligatione autem debitoris, cui successit fidejussor, hoc alterum consequens est prioribus, ut si debitor, cui fidejussor heres exstitit, proprium auxilium ex sua persona habuit, fidejussor heres factus ita succedat in ejus obligationem, ut succedat cum sua caussa, et idem auxilium retineat; atque ita fiat, ut ex utraque caussa liberetur: tamquam fidejussor, confusione: tamquam debitor principalis; propter exceptionem, quam ex persona defuncti nactus est.

XII. Hæc Papiani sententia est in *d. L. Stichum*, §. *quod vulgo*, illic, *nam si reus dumtaxat*, et deinceps usque ad extremum paragraphum, ad quam explicandam hoc exemplo utitur. Creditor adolescenti bona fide, id est, non aperte perdituro credidit. Minor acceptos nummos perdidit. Etsi is tenetur summo jure ex mutui caussa; tamen edicto prætoris pecunia amissa potest implorare in integrum restitutionem, qui se oneri, quod non suscipere licuit, obligavit, nec ex ea re locupletior factus est. *L. non omnia D. de min.* Hoc auxilio munitus minor intra tempora in integrum restitutionis decessit relicto herede fidejussore. Ait Papinianus, caussam juris honorarii, id est, auxilium in integrum restitutionis, quod a prætore est, quod et ipsum potuit auxilio minori esse, non ideo retenturam fidejussoris obligationem, id est, ut bene apud Accursium interpretatur Joannes, non ideo facturam, ut duret fidejussoris obligatio, sed juxta id quod vulgo traditum est, fidejussorem hac confusione non eo minus liberatum iri. Idque est, quod Papinianus initio proposuerat his verbis: *nam si reus dumtaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur: e contrario non potest dici non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem.* Sensus est: Si reus principalis dumtaxat fuit obligatus, id est, ita obligatus, ut nihil nisi obligatus esset, nec ullam propriam haberet defensionem, qua posset se tueri; dubitari hoc casu non debet, quin fidejussor ei succedens liberetur. Sed etsi e e contrario debitor non obligetur tantum, sed hoc amplius propriam ex sua persona defensionem habeat, tamen ne sic quidem quidquam dici potest, quin tollatur obligatio: quam ad rem exemplum quo ante usi sumus, subiicit. Et addit in extremo rationem, cur caussa et auxilium juris prætorii non efficiat, ut retineatur fidejussoris obligatio. *Hæc caussa*, inquit, *non retinet fidejussoris obligationem, quæ principalis fuit, et cui fidejussoris accessit sine contemplatione juris prætorii.* Sensus est; Non retinet fidejussoris obligationem quæ obligatio est principalis obligationis, id est, obligationi principali cohærens, et cui principali fidejussoria accessit sine contemplatione auxilii prætorii; ut consequens sit et sine ejus auxilii contemplatione fidejussoriam tolli, uti fieret si principalis obligatio nullo proprio auxilio munita esset. Ex quo sic deinde concludit Papinianus: *Auxilium igitur restitutionis fidejussori, qui adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus salvum erit.* Significans, sicut hic fidejussor ex caussa fidejussoria liberatur propter confusionem: ita eventurum propter defensionem principalis rei propriam, ut et ipse tamquam debitor principalis liberetur: quia debitori succedens, succedat quoque ex persona ejus in auxilium in integrum restitutionis: quod proinde et illi intra tempora constituta salvum esse debet *L. non solum, D. de in int. rest.*

XIII. Illud tenendum erit in tota hac confusione, sic hoc modo tolli obligationem debi-

bitoris, fidejussorisve, ut non tollatur longius, quam con.usa obligatio fuerit. Cum autem confundatur ideo, quia debitor creditori, aut creditor debitori, item fidejussor debitori, aut debitor fidejussori heres exstiterit: exsistat autem quis defuncto heres non semper in totum, sed sæpe pro parte, eveniet ut si unus alteri exstiterit pro parte heres, non tollatur obligatio [7] nisi pro ea parte: in reliquum salva sit creditori actio: ut si creditor exstitit pro parte debitori heres, sublata eatenus obligatione in reliquum habeat actionem adversus coheredes, et si debitor successerit creditori pro parte, eatenus liberatus in reliquum teneatur coheredibus. *L. 1. L. penult. C. de hered. action.*

XIV. Quæsitum est, si ex duobus reis stipulandi unus alteri, aut ex duobus reis promittendi item unus alteri heres factus sit, an confundatur jure obligatio. Et utroque casu negat Scævola confundi, in *L. si duo*, 93. *D. de sol.* hoc enim et in duobus reis promittendi recte negatur in omnibus aliis exemplaribus quam Florentinis. Et tamen cum his quoque subjiciatur negatio paulo post loco minime idoneo apparet esse [8] transpositam, et ad negandam istam confusionem inter duos promittendi reos debere referri, quod et a Russardo ad marginem ejus loci recte est annotatum. Hanc quidem sententiam Scævolæ in eo responso esse liquet ex definitione subjecta, qua rem totam breviter est complexus. Sic enim postea definit: *et quasi generale quid retinendum est: ut ubi ei obligationi, quæ sequelæ locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio; quoties vero duæ sint principales, altera alteri potius adjiciatur ad actionem, quam confusionem pariat.*

XV. Quærit ergo initio Scævola, cui bono id dicere: cum etsi dixerimus uno ex reis alteri succedente obligationem hic non confundi, tamen unum solum semper futurum, qui utriusque personam sustineat, ut vel solus agat, vel solus conveniatur. Et ostendit differentiam in eo esse, quod si ex duobus reis stipulandi uno alteri succedente, manet ex utriusque persona actio, futurum est, ut idem agere possit vel hereditario nomine ex persona defuncti; vel proprio nomine ex persona sua. Hujus facultatis utilitatem in eo esse, ut si forte unus ex stipulandi reis pacti conventi temporali exceptione summoveri potuit, liceat ex alterius persona experiri, atque ita eam exceptionem evitare. Idemque intelligendum est e converso in duobus reis promittendi, cum unus extitit heres alteri; ut si unus tantum exceptione temporali tutus fuit, liceat ejus personam suscipere, et ea exceptione uti. Ideo autem hac successione inter duos reos stipulandi promittendive interveniente neutrius tollitur aut confunditur sive actio sive obligatio; quia hic res non redit in eum casum, a quo non potuerit incipere. Nihil enim prohibet, quominus ab initio unus et idem ex sua persona rem aliquam debeat, et [9] eamdem debeat ex persona alterius. Nihil etiam prohibet, quominus uni debeatur res aliqua ex persona ejus, et eadem debeatur ei ipsi ex persona alterius.

CAP.

7) Faeit *L. 14. C. de R. V. L. 3. C. de neg. gest.* Briss. *d. lo. pag.* 404. Pro portiouibus itaque cohæredum petitur debitum, nisi animo compensandi facta institutio, vid. Dauth. *de Testam n.* 399.

8) Ita et Cujac 11. *Obs.* 34. *et* 4. *ad Afric. ad d. L.* 21. §. 1. vid. *L.* 5. *de fidei.*

9) Hujusmodi igitur successor duas obligationum species sustinet *L.* 5. *de fidei.* Briss. *de Sol. Tit. de Confusione pag.* 407. Idem est cum fidejussori quis heres *d. L.* 21. §. 1. quia ambæ obligationes pares et ejusdem potestatis. Par parem non tollit. Si tamen una agi cœptum consumitur altera, ne idem bis præstetur, Cujac. *d. lo.*

CAP. V.

De concursu duarum caussarum lucrativarum ad liberationem.

Tertia liberationis species, duarum lucrativarum caussarum concursus. I.
Tres de illo veterum definitiones, et quæ. II.
In Juliani definitione necessaria ad liberationem desiderari ex persona creditoris tria. III.
1. *Ut species debeatur, non genus.* IV.
2. *Ut eadem species aliunde ad creditorem pervenerit. Pervenisse quo sensu dicatur.* V.
3. *Ut pervenerit ex lucrativa caussa; secus ex onerosa: et quid utraque.* VI.
In debitore duo ad liberationem desiderari 1. *ut eandem rem debeat, quæ ad creditorem pervenerit ex caussa lucrativa.* VII.
2. *Ut res eadem debeatur et petatur ex lucrativa caussa; quid si ex caussa non lucrativa.* VIII.
Qui rei æstimationem ex una caussa lucrativa habuit, potest deinde ex altera rem petere. Exponitur Ulpianus in L. 34. §. 1. D. de legat. 1. IX.

I. TErtia species liberationis ex eodem genere est, duarum lucrativarum caussarum in eamdem personam et eamdem rem concursus: qua eadem efficitur, ut obligatio redeat in eum casum, a quo incipere non poterat.

II. Ac de ea tres hæ sunt veterum definitiones verbis quidem variæ, re autem et sententia idem exprimentes. Una hæc, quæ hoc ipsum de concursu statuit, quod diximus, in hæc verba: duas lucrativas caussas in eumdem hominem, et eamdem rem concurrere non posse; extatque in §. *si res aliena*, *Institut. de act.* Aliæ duæ sunt, quæ cur non possint concurrere, explicant, et ideo fieri ostendunt, quia si ex una caussa lucrativa res ad creditorem pervenerit, debitor qui eamdem rem ex alia caussa lucrativa debuit, continuo liberatur: qua sublata, vere dicitur non posse hanc secundam caussam in eundem creditorem concurrere. Ex his una est Juliani in *L. omnes debitores*, *D. de obligat. et action.* quæ ita definit: *omnes debitores, qui speciem ex caussa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex caussa lucrativa ad creditorem pervenerit.* Altera est Pauli in *L. in perpetuum*, 61. *D. de solut.* his verbis: *in perpetuum quoties id quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio.* His verbis, *et tibi nihil absit*, significare voluit duas lucrativas caussas, tam eam ex qua res ad te creditorem pervenit, quam eam ex qua eadem rem petere ante tibi debitam instituisti. Nam si ea, ex qua petere vis onerosa est, propter eam tibi aliquid abesse manifestum est. Quod autem addit, *nec quod solutum est, repeti possit*, in eo vim expressit verbi, *pervenit*: quo verbo solo Julianus in superiore definitione usus erat. Est enim pervenire proprie, cum quid ita pervenit, ut sit mansurum. *L. aliud est capere*, *D. de verb. sign.* Res autem sic explicatur exemplo in *d.* §. *si res aliena*, *Istitut. de leg.* Sit res aliena legata alicui, et eadem eidem debita ab alio ex donatione. Si is rem ex caussa legati consecutus fuerit, liberatur, qui ex donationis caussa debuit, nec jam cum eo agi potest eo nomine. Est enim utraque hæc lucrativa caussa: quarum ex una cum res ad creditorem pervenerit, concurrere altera non potest, ut ex ea eidem res eadem debeatur. Liberationis genus ex hac caussa, quod res rediit in eum casum, a quo incipere non poterat. Quia enim res mea mihi dari non potest. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* ideo nec ab initio res mea mihi utiliter promitti potest, aut legari. §. 1. *Institution. de inutil. stipul.* §. *sed si rem*, *Institut. de leg.* At cum res quæ ex caussa lucrativa debebatur, pervenit ad creditorem ex alia caussa lucrativa, cœpit res ejus esse, ut jam amplius ei dari non possit: atque hic etiam casus est, a quo consistere non potuit obligatio. Quare in hunc casum delata, ex superiore perpetuo jure inte-

tereat necesse est; ubi non sit scilicet ex fine stipulationis et obligationis, quod dari possit creditori.

III. Sed videndum, quid superiores definitiones postulent ad istam liberationem, et quam recte omnia quæ in his sunt, exigantur. In quo ne qua sit perturbatio; in una definitione Juliani superiore consistemus, ut quæ rem totam planius explicet, ad quam et rem ipsam expendemus. Exigit ergo definitio in creditore hæc.

IV. Primum, ut species sit, quæ ei debita fuerit ab initio, quæ deinde ad eum pervenit. Res in quantitate, non in toto corpore, et specie consistens, si legata erit, non eo minus peti poterit ex testamento, quanvis eadem summa ad legatarium ex alia caussa lucrativa pervenerit. *L. Titia Sejo*, in prin. *D. de leg.* 2. *L. plane*, 1. §. 2. *D. de leg.* 1. Nempe hoc exigimus ad liberationem, ut quæ res pervenit ad creditorem, eadem illi debeatur ab alio; quo ei detur, ut sic efficiatur præstatio impossibilis, atque hinc concidat obligatio. At cum quantitas eadem puta decem legata sunt Titio duorum testamentis, aut debentur eidem decem a duobus non ejusdem obligationis reis, non debetur a singulis debitoribus res eadem, sed diversæ summæ: quia a singulis heredibus solida decem legata sunt, a singulis promissoribus solida decem promissa. Decem et decem numero eadem summa, et eadem quantitas dici possunt, uti et eamdem quantitatem prius nominavimus, ut et fit in *d. L. plane*, §. 2. *de leg.* 1. Re autem et corporibus nummorum sunt diversæ, non una et eadem species. Quo fit, ut cum una ad creditorem pervenerit ex lucrativa caussa, non possit dici ea pervenisse, quæ ab alio debeatur, quoniam debetur alia.

V. Exigit eadem definitio in creditore, ut species debita prius ad eum pervenerit aliunde, id est, ita ei data sit, ut facta sit ejus, ut explicatur in *d.* §. *si res aliena*, *Institut. de leg.* Quam maxime hujus liberationis caussam esse diximus: dum scilicet res ejus facta, amplius ejus fieri ex alia caussa non potest, eoque nec ita deberi, ut detur. Neque tamen satis est, rem creditoris semel factam esse, ut videatur ad eum pervenisse. Inest in hoc verbo, ut ita quid fiat alicujus, ut sit mansurum. *L. aliud est capere*, *D. de verbor. sign.* Proinde si quis speciem quæ ex aliqua caussa lucrativa debebatur, ex alterius testamento sibi legatam accepit, sed ea lege legatam, ut restitueret, aut quæ esset in ea caussa, ut avocari posset; nihilominus ei integræ actiones adversus priorem illum debitorem manebunt: quia non ante ea species ad creditorem pervenerit: quod pluribus exemplis confirmatur in *L. non quocunque*, in princip. et deinceps, *D. de leg.* 1. Et hoc illud est, quod exprimere voluit Paulus in *d. L. in perpetuum*, *de sol.* cum adjecit, *nec quod solutum est*, *repeti possit.* Cum prius dixisset, *si quod debetur*, *ad creditorem pervenerit*, satis dixerat, ut ut hoc quoque posterius contineretur, si vim verbi sequi volumus. Sed quoniam nonnunquam abusive ita loqui solemus, ut pervenisse ad aliquem dicatur, quod quoquo modo venit; ideo visum est ei adjicere et hoc posterius dubitationis tollendæ caussa, quo eum verbo perveniendi proprie uti velle intelligeremus. Nihil ergo peccavit Julianus, cum hoc posterius non expressit, utpote vi verbi contentus, in *d. L. omnes debitores*, *de obl. et act.* nec quidquam Paulus, cum hoc idem expressit: qui quid verbo perveniendi intelligeret, extra omnem dubitationem ponere voluerit.

VI. Tertium exigit eadem illa definitio in creditore, ut species illi debita quæ ad eum pervenit, pervenerit ex lucrativa caussa. Caussarum scilicet quædam lucrativa, quædam non lucrativa, quæ onerosa vulgo dicitur *L. ex promissione*, *D. de obl. et act.* Lucrativa est, ex qua quod consecuti sumus, id nobis in lucro est, dum pro eo nobis nihil abest: qualis est donationis et legati caussa. Non lucrativa contra, cum pro eo quod accipimus, vicissim aliud præstamus; qualis est emptio, venditio, et commerciorum omne genus, quæ rerum commutationes habent. *L. non quocunque*, §. *si fundus*, *D. de legat.* 1. §. *si res aliena*, *Institut. de leg.* Quo in genere caussarum placuit etiam esse promissionem dotis. *d. L. ex promissione*, *de obl. et act.* Recte: etsi enim dos ab uxore aperte non ita datur, ut quidquam illa eo nomine a marito accipiat: datur tamen re vera, ut sit apud eum pro oneribus matrimonii, quæ et ipse vicissim in se suscipit. *L. dotis*, 7. *D. de jur. dot. L. pro oneribus*, *C. eod.* Ergo ex prioribus caussis si pervenerit res ad creditorem, potest huic generi liberationis locus esse. Si ex posterioribus, non prohibetur creditor eam rem quam habere cœpit, ex alia caussa quanvis lucrativa sibi ab alio debitam petere, *d. L. ex promissione*, *D. de obl. et act. d.* §. *si res aliena*, *Institut. de act.* Atqui quod ex caussa non lucrativa ad creditorem pervenit, id non minus ejus factum est: ut jam non magis ei dari possit, quam si pervenisset

eum ex caussa lucrativa. Quod si verum est, non minus et hic obligatio rediit in eum casum, a quo incipere non poterat. Cur non igitur eadem ratio facit, ut pariter liberetur alius, qui eamdem rem ex caussa lucrativa debuit? aut qui potest petere creditor rem sibi dari, quæ jam ejus facta, amplius ei dari non potest? Et negari non potest idem et in non lucrativa caussa fuisse probandum, si quidem illud admitteremus, quod ex hac caussa pervenit ad creditorem, non minus ejus factum esse, ut habeat. Quod non ita est. Domini jure habet creditor, quidquid ei a domino quavis ex caussa solutum est. Emolumento non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse id, pro quo aliquid præstitit, aut præstare cogendus est. Sic enim veteres definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest. *L. Labeo et Sabinus*, *D. de verb. sig.*

VII. Atque hæc in creditore spectanda ad hujus generis liberationem. In debitore autem ad eamdem rem etiam hoc exigit superior illa definitio. Primum ut is unde petitur, quem et nunc liberari volumus, eamdem illam rem debeat, eadem et ab eo petatur, quam prius creditor ex caussa lucrativa est consecutus. Aliam enim rem si creditor petit, non potest hæc dici prius ad eum pervenisse, aut ejus facta esse: ut proinde nihil ei obstet, quominus rem nondum suam recte petat sibi dari. Hoc eam vim habet, ut si ex duabus caussis lucrativis, puta duorum testamentis, eadem res eidem debeatur, et is prius ab uno herede æstimationem rei consecutus sit, non prohibeatur rem ipsam ab altero herede petere; quoniam hæc alia est, quam quæ prius ad creditorem pervenit. Hoc in *d.* §. *si res aliena*, in fin. *Inst. de legat.*

VIII. Alterum hoc amplius in debitore, ut eamdem speciem debeat ex caussa item lucrativa, uti prius ex eadem caussa ad creditorem pervenerat. Si ex caussa non lucrativa debebit, non liberatur; quantumvis prius ad creditorem ex caussa lucrativa pervenerit. Ut, si eadem res alicui empta sit, et eidem testamento ab alio legata; prius quidem effectum est, si ex caussa emptionis dominus ejus rei factus fuerit, idest, ex non lucrativa, posse eum ex testamento rei pretium consequi. Idque ita scriptum est in *d.* §. *si res aliena*, in princip. Nunc hoc dicimus e converso, etsi prius rem consecutus sit ex testamento, ubi vere res ad eum pervenit, quia pervenit ex lucrativa caussa, ex qua pro re nihil ei abest: nihilominus eum integram actionem ex empto retinere, ut peti possit rei æstimatio a venditore, qui rem non ex caussa lucrativa debuit. *L. ex promissione*, *D. de obligat. et action.* At hoc saltem casu dicet aliquis, obligatio venditoris ejusdemque posterioris debitoris recidere videtur in eum casum, unde incipere non potuit. Res enim vendita fit emptoris, et quidem eo modo quo maxime proprie rem fieri cujusque diximus, nempe ex caussa lucrativa legati, ubi pro re legatario nihil abest. Porro suæ rei emptionem ab initio non consistere constat. *L. suæ, D. de contr. emptio.* Quid igitur superest, nisi ut exstinguatur obligatio empti posterior re vendita deducta in eumdem casum? Sed ad extinguendam rei quæ nobis dari debet obligationem, non est satis eam rem vere nostram factam esse, nisi ex sequente quoque obligatione petamus eam nobis dari: id enim in re nostra facere non possumus. *d.* §. *sic itaque*, *Inst. et action.* At id fieri non videtur, cum res petitur ex emptionis, aut alia simili non lucrativa caussa. Nam si vere diximus ei rem abesse videri, cui pretium abest; sequitur, ut qui ita rem sibi dari petit, ut pro ea quid illi absit, abfuturumve sit; non proprie videatur petere sibi dari: ubi re tradita semper illi abfuturum sit pretium.

IX. Concurrere ergo oportet ad hujus generis liberationem in eandem personam creditoris et eamdem rem debitam duas caussas lucrativas; quarum ex una res ad creditorem pervenerit, ex altera res eadem debeatur ab alio. Quod cum factum erit, cum statuerimus fieri non posse, quin posterior caussa tollatur, liberato ex ea debitore: fit illud quod in eamdem sententiam vere dictum duas caussas lucrativas in unam personam eamdemque rem concurrere non posse: dum hoc significatur, concurre non posse ad rem ex utraque caussa petendam. Sed videamus, ne hoc totum genus liberationis repudiet Ulpianus in *L. plane*, 34. §. 1. *D. de leg.* 1. sic enim scribit: *si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, his petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem.* Quis hoc non prima fronte sic accipiat, ut quanvis ex testamento rem ipsam consecutus sim, tamen ab altero herede possim postea petere æstimationem? Atqui posteriorem istum heredem, qui eamdem speciem ex caussa lucrativa debuit, liberari dicimus, quia prius ad me creditorem ea species ex caussa lucrativa pervenerit. *L. omnes debitores*, *D. de obligation et action.* Nihil ad rem pertinet, si quis dicat liberari debitorem de re, at non liberari de rei æstimatione. Hoc enim ipsum est,

eum

eum non liberari. Sic res habet, ut cum obligatione in eum casum deducta unde incipere non poterat, debitorem liberari, debitorem non teneri legimus: ubique hoc intelligatur omnino eum liberari, ut nec rem debeat, nec æstimationem. *L. cum res*, §. *ultim. D. de leg.* 1. *L. in ratione*, §. *incertæ, D. ad leg. Falcid.* Et quid verbis opus est; cum in hac ipsa specie diserte scriptum sit in §. *si res aliena*, *Institut. de leg.* cum is cui eadem res duorum testamentis legata est, rem prius consecutas est ab uno herede, non posse eum cum alio agere? Et non dubium est, quin si ita locum Ulpiani accipimus, totam istam liberationem evertat, inducatque hanc sententiam, ut cui eadem res a diversis ex duabus caussis lucrativis debetur, semper ex una rem consequi possit, et ex altera æstimationem. Nam si prius consecutus sit æstimationem, non ambigitur, quin possit postea rem petere, ut ante diximus. Sed cum in *d.* §. *si res aliena*, in hac ipsa specie exstat distinctio, qua fiat ut interdum rem possim habere, et ex testamento æstimationem; interdum ex uno rem solam, non etiam ex altero æstimationem: recte ab omnibus sic locus Ulpiani acceptus est, ut ex eadem illa distinctione intelligi debeat; sitque hic sensus, ut si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis quidem petere possim, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem; sed possim aliquando, non semper: quod ita fiet, si prius ex uno testamento æstimationem consecutus fuero, deinde ex altero rem petam: quod si rem prius habeam, non possum ex altero petere ne æstimationem quidem. Neque verba Ulpiani refragantur. Nam ut verum sit me posse in hac specie utrumque petere, satis est, si aliquando sit tempus cum possim, etiam si non semper.

CAP. VI.

De rei debitæ amissione, quæ salvo corpore rei contingit. Item de dolo, culpa, et casibus fortuitis; quid in his præstandum sit re ob has caussas amissa: seu quid in his reo prosit ad liberationem, aut non prosit.

Transitio ad amissionem rei debitæ. I.
Res ex contractu stricti juris debita quocunque casu amittatur re integra, debitori amittitur. II.
Contrariis occurritur. III.
Secus si debita ex contractu bonæ fidei. IV.
Interest in contractu bonæ fidei utrum res dolo, et culpa debitoris, aut casu sit amissa. V.
Re dolo amissa damnum est debitoris in omni contractu. VI.
Dolus ubique præstandus. Contraria conventio nulla. VII. X.
De dolo tamen præterito pacisci quis potest. VIII.
Exponitur Pauli locus in L. 21. §. illud D. de pact. IX.
Casu amissa re debitor ejus præstatione liberatur in bonæ fidei contractibus. XI.
Quid casus fortuitus, et a quibus caussis nascatur. XII.
Obstant debitori in re casu amissa mora, conventio, et culpa, nedum in stricti juris, sed et in bonæ fidei contractibus. XIII.
Mora et conventio in quolibet genere contractuum eodem modo. XIV.
Culpa etiam in utrisque. XV.
Sed in contractibus bonæ fidei, nec omnibus, nec aliis stricti juris similiter; et in quo dissimilitudo. XVI.

I. DIxi supra etiam invitis iis, inter quos obligatio constituta est, sæpe contingere sua sponte liberationem. Id autem accidere tribus modis. Aut enim obligationem exstingui mutatione status obligationis, aut amissione rei debitæ, aut tempore ipso finiri. Mutationem status hic intelligere nos eam, qua fiat, ut res recidat in eum locum, unde consistere non poterat: quod quoties accidit, nisi quod factum debitoris illi obstet, generaliter placere debitorem liberari, quanvis ipse aut alius pro eo ad liberationem nihil contulerit. Huic generi subjectas esse species tres, totidem species liberationis, quæ in-

invitis reis contingunt: interitum rei debitæ, confusionem obligationis, duarum caussarum lucrativarum in eamdem personam et eamdem rem concursum. Quibus expositis, de primo illo genere scilicet dictum est. Sequitur hujus liberationis secundum genus, res debitæ amissio, quæ salvo et integro corpore rei contingit. Veluti, cum res debita furto sublata est debitori, aut vi erepta, aut decidit in flumen, aut loco mota non reperitur. Genus interitui rei simile ac prope idem, si periculum spectes, ubi debitori non minus res deperdatur, quam si interiisset: si liberationem, non parum dissimile: quæ hic nobis caussa est ista distinguendi.

II. De hoc genere ita habendum est. Cum res debita salvo corpore rei deperdita est debitori, et quæritur, utrum eo casu liberetur; distat multum, quo ex genere contractus res sit debita, ex stipulatune, aut alio contractu stricti juris, an vero ex contractu bonæ fidei. Si quid ex stipulatu dari debet, et id re integra amissum est promissori: quocunque casu id acciderit, promissoris detrimentum est; ut non minus etiam nunc teneatur ad rem dandam, quam tenebatur re nondum amissa. Exstat enim res semper, quæ et ideo dari potest natura: ut nullum hic sit impedimentum naturæ, quod obstet stipulationi. Ipse quidem promissor rem quam in præsentia non habet, dare non potest. Sed hoc, inquit Venulejus, recedit ab impedimento naturali, et difficultatem præstationis tantum continet: generaliter, inquit, caussa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. Hoc ille in *L. continuus*, §. *illud*, *D. de verbor. obligation.* Hinc quibus in locis legimus debitorem ex hoc genere contractuum re amissa liberari, eos locos nominatim conceptos videmus de re quæ periit, non etiam de re deperdita, quæ adhuc exstet in rerum natura. *L. si ex legati*, *L. si servum*, in princip. *D. de verbor. obligation. L. quod te*, *D. si cert. petat.* Et recte cum de liberatione promissoris agitur ob rem amissam, distinguuntur ista, interitus rei, et rei exstantis amissio. Interitus facit, ut cum res desierit exstare, jam amplius præstari per rerum naturam non possit. Qua ex re efficitur impossibilis præstatio. Impossibilium autem nulla obligatio est. *L. impossibilium*, *D. de regul. jur.* Adde quod re perempta recidit obligatio in eum locum, a qua consistere non poterat: quo casu omnem obligationem tolli ante diximus. Nihil horum, cum res integra debitori amissa est. Nam primum exstat: ut proinde possit per rerum naturam præstari. Quod autem debitor qui rem non habet, eam præstare non potest, ad difficultatem præstationis, et incommodum personæ pertinet: de qua difficultate quid tenendum sit, jam dixi. Sed et hac difficultate non recidit obligatio in eum casum, a quo incipere non potuerit. Nihil enim prohibet promitti ab initio rem alienam, ut utilis sit stipulatio, quanvis dominus postea eam rem non vendat, ac propterea promissor eam dare non possit. *d. L. continuus*, §. *illud*, *de verb. obligation.* Quocirca et si quis rem suam recte promisit ab initio, quanvis res ei sit erepta, ut jam eam tradere non possit; non eo tamen minus perseverabit obligatio, quæ ab hac difficultate rei præstandæ initium capere potuit.

III. Nec obstat, quod generaliter definitur in *L. contractus*, in fin. *D. de regulis jur.* casus fortuitos a nemine præstari: ubi tamen nominatim inter casus fortuitos numerantur fugæ servorum, quas constat integris servis contingere. Illic enim disserit Ulpianus de contractibus bonæ fidei. Ideo et definitio illa his contractibus subjecta, ad eos ipsos contractus referri debet, et ita accipi, quasi dictum esset casus fortuitos in his contractibus a nemine præstari. Quod quo magis ita esse intelligamus, sic res explicatur in *L. quæ fortuitis*, *C. de pignorat. act.* ubi hæc definitio exstat totidem verbis, *quæ fortuitis casibus accidunt*, *nullo bonæ fidei judicio præstari.* Cur additum *nullo bonæ fidei judicio*? quia in strictis judiciis de omnibus damnis quæ fortuitis casibus accidunt, non idem [1] licet dicere. Quæ damna cum interitu rei contingunt, hæc nullo judicio præstantur, neque bonæ fidei neque stricti juris: ubique enim hoc interitu debitor liberatur, si nihil aliud impediat. Quæ autem damna rebus integris accidunt, ut fit, cum res ablata, ereptave est, aut alio modo deperdita; hæc nullo bonæ fidei judicio præstantur a debitore, ut superioribus locis recte definitur; sed præstan-

1) Atqui Donellus noster ad *d. L.* 6. *n.* 21. verba ea non excludere stricta judicia *L.* 23. *de V.* O. sed addita esse propter id genus contractuum, in quo solius debitoris utilitas vertitur, ut in Commodato: In stipulatione autem solius stipulantis, seu creditoris utilitas. Et verba *L.* 23. *de reg. Jur. a nullo præstantur*, discrimen judiciorum bone fidei et stricti juris vix admittunt. Præterea ratio naturalis, eaque perpetua, dictat casum, quia est extra hominis potestatem semper impunitum esse, Delrio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 4. Quin si nec omnis culpa in strictis præstatur, quæ in bonæ fidei judicium venit, *supra C.* 1. *in fin.* Delrio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 18 *pag.* 240. minus ullus casus furtuitus. Nec multum obest si recte expendatur *d.L.* 137. §. 4.

stantur ex stipulatione et cæteris contractibus stricti juris, ubi quod accidit, debitoris detrimentum est, qui nihilominus obligatus manet, ut det, quod exstat, et per rerum naturam dari potest. Fieri quidem potest, ut res furto sublatæ, aut vi ereptæ paulo post apud furem aut raptorem exstinctæ sint. Sed nihil agit debitor, si interiisse dicat, atque hoc modo se non teneri postulet, nisi probet, quod dicit juxta regulam juris *L.* 2. *D. de probation.* Id est, nisi probet casum; quem quisquis ad liberationem sui allegat, placet probare debere. *L.* 4. *C. de pign. actio.* Quod si probabit, non tenebitur quidem: verum tamen non propter rei debitæ amissionem, sed propter interitum rei amissæ.

IV. Non eadem caussa est contractuum bonæ fidei: in quibus si quid rei debitæ acciderit, nihil amplius debitor debet præstare, quam dolum et culpam; interdum ne culpam quidem, atque hanc, si quibus in contractibus præstanda est, non omnem: casus autem fortuitos nunquam, sive perierit eo casu res debita, sive deterior facta sit, sive salvo corpore sit amissa. *L. si ea res*, *D. de actio. empt.* Sunt autem bonæ fidei contractus ii, qui recensentur in §. *actionum autem*, *Instit. de actio.* Contractibus bonæ fidei in aliis caussis comparantur legata. *L. in minorum*, *C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est. L.* 3. *L. usuræ*, *D. de usur.* Comparantur, et in hac præstatione; nam et in re legata custodienda eadem præstare debet heres, quæ præstaret is, qui ex bonæ fidei judicio rem deberet: sed nihil amplius. *L. cum res*, §. *penultim. D. de leg.* 1. Ergo in his interitus rei, et ejus integræ amissio eodem jure habentur. Proinde et de utroque, quod valeat supra scriptis caussis ad debitoris liberationem, hoc loco, in commune dicetur: de quo sic recte constituimus.

V. Cum in contractibus bonæ fidei, et legatis ac fideicommissis res debita periit, aut deterior facta est, aut integra amissa, quæriturque utrius sit detrimentum, debitorisne an creditoris; et quod idem est, utrum eo casu debitor liberetur, nec ne: jus de eo positum in hac distinctione. Multum interest, utrum quod accidit, dolo debitoris contigerit, an culpa, an casu fortuito. Ex his duæ res admodum expeditam definitionem habent; dolus, et casus fortuitus; certe definitionem per omnes species unius modi. Culpæ difficilior et obscurior ratio est. Quare ut a certioribus progrediamur ad obscuriora, et quæ ex prioribus illis quodammodo pendent, de tribus his isto ordine dicemus.

VI. De dolo hæ veterum et certi juris sententiæ sunt. Dolum contractus omnes recipiunt. *L. contractus.* In contractum et actionem omnem dolus venit. *L.* 5. §. *nunc videndum*, *D. com. L. si cum venderet*, §. *ultim. D. de pign. act. L.* 1. §. *non tantum*, §. *ultim. D. dep.* Dolum suum in contractibus omnes debitores præstant. *d. L.* 5. §. *nunc videndum*, *D. comm.* Quæ omnes idem valent. Ideo enim recipitur, et venit in actionem dolus ut præstetur. Dicitur autem figurate præstare dolum, non qui dolum admittit, sed qui admissi damnum præstat. Ideo redeunt omnes hæ sententiæ ad hanc summam, quidquid quovis in contractu factum erit a debitore quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum ejus esse, ut non minus teneatur etiam nunc, quam si nihil istorum accidisset. Nec quidquam retulerit, quod genus sit contractus, utrum id, in quo debitoris utilitas aliqua versetur, an nulla. Exemplo est depositum; in quo cum nulla utilitas versetur depositarii, nihilominus tamen dolum suum præstare in re deposita non ambigitur. *d. L. contractus, de regul. jur. d. L.* 1. §. *non tantum*, §. *ultim. dep. L.* 5. §. *nunc videndum, commod.* Multoque magis idem valet in contractibus stricti juris: in quibus cum placeat culpam perpetuare obligationem, culpæ verbo non tantum dolus debitoris acceptus est, sed etiam quodvis ejus factum sit etiam sine dolo, quominus rem dare posset. *L. si ex legati*, *L. si servum*, in princ. *D. de verb. oblig.* Et merito in ea caussa esse oportet dolum. Nam si ex natura sumptum recte dictum est, nulli dolum suum [a] debere esse lucrosum. *L.* 1. *D. de dol.* non debet omnino is cuiquam prodesse neque ad actionem, neque ad liberationem. Quo fit, ut si quis prius alicujus rei nomine tenebatur, is dolo suo consequi non possit, ut teneri desinat. Ita semper habebitur pro possessore. Inde generaliter traditum regula juris. Qui dolo desiit possidere, pro possessore condemnari, quia pro possessione dolus sit. *L. qui dolo*, *D. de reg. jur.* Item, parem esse oportere conditionem ejus, qui possideat vel habeat: at-

a) Nullum negocium a quo malitia et frandatio abesse non debeat: Tollendum est ex rebus contrahentis mendacium Cicero 3 *Offic.* Pet. Faber *ad L.* 23. *de R. I. f.* 126. Delrio ad *d. L.* 23 *C.* 4.

atque ejus, cujus dolo malo factum sit, quominus possideret vel haberet. *L. parem*, *D. eod.*

VII. Adeoque autem dolus in omni contractu præstandus est, ut cum aliæ pactiones de re privata ratæ sint; placeat hanc conventionem non esse servandam, ne in deposito quidem, si convenerit ne dolus malus præstetur: tamquam quæ sit contra bonam fidem, contraque bonos mores. *L. contractus, de reg. jur. L.* 1. §. *si convenit, D. dep.* Ideo autem contra bonos mores, quia impunitate doli proposita [3] invitat ad fraudandum, ubi conveniebat potius metu pœnæ reum a maleficio deterreri. *L. illud, D. de pact. dot. L. si unus*, §. *pacta, D. de pact.*

VIII. Sed meminerimus hic loqui nos de dolo futuro, de quo id agitur conventione, ne præstetur, si forte postea admissus sit. De præterito dolo transigere, et pacisci concessum est, ut et de furto. De hoc in *L. jurisgentium*, §. *si paciscar, D. de pact.* De dolo diserte scriptum est in *L.* 4 in fin. *C. de transact.* Quidni? remittimus enim hic actionem nobis jam quæsitam, nec propterea reum ad admittendum eum dolum [4] invitamus, cum jam sit admissus; nec de futuro agitur. Sic et de falso transigere et pacisci licet; sed de falso jam admisso, cum quæstione falsi mota de eo transigitur. *L. pen. C. de trans.*

IX. Videri tamen post Paulus etiam de futuro dolo non præstando pactionem admittere, in *L. si unus*, §. *illud, D. de pact.* sic enim scribit: *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus malus præstetur: quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat; quod pactum proderit.* Ne dixerimus ut quidam, in hac posteriore conventione Paulum loqui de præterito dolo remittendo; ideo et conventionem eum recipere. Propositionem enim Pauli hanc: Pactione effici non posse, ne dolus malus præstetur, de futuro dolo scriptam esse inter omnes convenit. Ab ea definitione excipit hanc conventionem, ne quis depositi agat, aut certe eam conventionem dubitationis loco superiori definitioni opponit, et se ea non moveri ostendit. Utrumvis dixerimus, apparet eum de ea conventione sentire, quæ ad futurum dolum, ad futuram depositi actionem removendam interponatur: quia si exceptio est, verbis definitionis contineri eam oportet; si objectio, inepta est nisi species opponitur quæ sit ex eodem genere. Num ergo hoc dicit Paulus, hanc quoque pactionem, ne depositi agam, esse de dolo futuro non præstando, et nihilominus valere? Sunt, qui admittant, et fateantur illam quidem non esse servandam, quia nominatim et aperte convenerit, ne reus dolum præstet: at illam valere, si id convenerit tacite nulla facta doli mentione, ut in hac pactione, ne depositi agam; idque [5] defendunt scilicet illa regula juris, qua traditur, expressa nocere, non expressa non nocere. Sed id multo minus defendi potest, quam superius. Cur enim conventio expressa ne de dolo agam, servanda non est? Nempe quia facultate impune fraudandi proposita invitat ad delictum, eoque turpis est, et contra bonos mores, ut diximus. Et an minus hanc facultatem impune fraudandi tribuit conventio tacita, si id agitur, ne dolus malus præstetur, et conventio servanda est? Est ergo hæc eadem non minus contra bonos mores, eoque non minus improbanda: cum sciamus generaliter omnia pacta hujusmodi, quæ sunt contra bonos mores, omni jure improbari. *L.* 6. *C. de pact. L. si unus*, §. *pact. D. eod.* Et certe si quid in hac specie interest inter pactionem expressam de dolo non præstando, et tacitam, hoc tantum interest; quod expressa est contra legem, id est, contra verba legis, quæ de dolo futuro non præstando pacisci vetat: tacita antem est in fraudem legis, ubi scilicet salvis verbis sententia legis circumvenitur. *L. contra, L. fraus*, seq. *D. de legib.* Quod in hac re accidit, ubi omissa mentione doli, tamen alia via pervenitur eo, ut impune in deposito fraudare liceat, id quod lex noluit. Certi autem juris est, non minus improbari eas conventiones, quæ sunt in fraudem legis, quam quæ sunt contra legem, cum sint omnes pariter adversus sententiam legis, id est, adversus id quod lex voluit. *L. non dubium, C. de legib.* Nihil ad rem pertinet, quod dicitur expressa nocere, non expressa non nocere. Nam ne nunc quidem cum dicimus tacitam pactionem de dolo futuro non præstando non valere, ideo dicimus eam pactionem nocere. Immo ideo

3) Et renunciatio propri commodi ita rata, nisi in alterius præjudicium vergat, uti hic Reipublicæ, Delirio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 20. *p.* 258. qui et idem esse vult in dolo præsumpto seu lata culpa *p.* 262. Quin nec rescriptum Principis pœnam delicto committendo remittens valet, vid. Beud. *ad L.* 3. *de Jurei n.* 38. *et seqq.*

4) Eoque casu nulla versatur turpitudo, sed sola commiseratio et liberalitas Gœd. *ad L.* 3. *de V. S. n.* 14. et quivis juri suo renunciare potest, P. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. pag.* 128. Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 221.

5) Ut A Fab. *ad L.* 7. §. 15. *de pact.* P. Fab. *ad L.* 23. *de R. I. pag.* 126 *et seqq.* Delrio. *ibid. C.* 20. *pag.* 160. *et seqq.*

ideo nulli nocet, quia est inutilis; sed dicimus eam non prodesse, quia non valeat: quod regula superior non prohibet. Quinimmo omnibus assentientibus ita recte dicturi sumus, quæ expressa non prosunt, ea non expressa multo minus prodesse. Quid ergo est? Id quod scripsimus ad *L.* 6. in fin. *C. de pactis.* Fatebimur videlicet valere hanc pactionem, si quis paciscatur, ne depositi agat: et tamen recte negabimus hac pactione id effici, ne de dolo adversarii agere liceat. At Paulus ait vi ipsa hac pactione videri quem pactum, ne de dolo agat, et pactum prodesse. Recte ait videri, non esse. Videtur enim pactus, si verba spectamus; quia generalis pactio est, cujus verbis hoc continetur, ne qui pactus est, depositi ulla de caussa agat, etiamsi de dolo adversarii constaret. Nunc autem ex sententia paciscentium non id agitur. Quæcunque enim generalis pactio est, ne alicujus rei nomine tecum agam, semper in re dubia dolus tuus exceptus intelligitur, ut ne videar sensisse de eo, in quo vel me deceperis antea, vel me postea decepturus sis. *L. tres fratres*, *D. de pact. L. qui cum*, §. *qui per. D. transaction.* Ita proderit tibi hæc pactio: sed hactenus, ut ne prosit fraudanti, si de dolo tuo constiterit. At isto modo pactio erit inutilis dicet aliquis, non, ut Paulus ait, ejusmodi, ut prosit. Nam depositi agi nisi ob dolum non potest. *L.* 1. §. *ultim. D. deposit.* ut proinde ad nullam aliam rem possit esse utilis hæc pactio, quam ut de dolo agere non liceat. Quod si ne ad hoc quidem prodest, efficitur pactionem plane esse inutilem. Sed non si mihi de dolo tuo probanti licet sine metu superioris pactionis tecum depositi agere, ideo pactio est inutilis. Quod enim dicitur depositi agi non posse nisi ob dolum solum ejus, qui depositum accepit. *L.* 1. §. *ult. D. deposit.* sane verissimum est: sed hæc de dolo ejus controversia duplex est, quarum in una reus secundum naturam judicii onus probandi sustinet: in altera is qui agit. Finge me apud te rem aliquam deposuisse, neque te eam reddere. Aut sic tecum ago, quasi rem adhuc habeas, et ob id dolo facias, quod non restituis quod habes; tu autem ideo te negas teneri, quia rem amiseris; aut cum constaret te amisisse, intendo dolo tuo factum, ut amitteres. Illic non est meum probare rem esse apud te, ut recte agam. Satis est, quod tua confessione constat te rem depositi caussa accepisse. Necesse est enim te, quam rem semel acceperis, etiam nunc habere, ac propterea dolo non restituere, nisi amiseris: ut hoc solum tibi restet ad defensionem, ut dicas te amisisse. Hoc vero si dicis, huc res redit secundum regulas juris, ut amissionem et casum probare debeas, quia dicis. *L.* 2. *D. de probat. L.* 4. *C. de pignor. act.* Quod si constabit te amisisse, hic transfertur in me onus probandi. Quia enim constat te dolo non facere, quod non reddis id quod non habes: necesse est, aliunde arcessiri non restituentis dolum, atque hoc me intendere hoc ipsum dolo tuo factum esse, ut rem amitteres. In hac vero omni hujusmodi intentione certi juris sententia est, eum qui dolo dicit factum aliquid, docere debere dolum esse admissum. *L. quoties*, §. 1. *D. de prob.* Hoc intellecto, nemo dubitabit, quin hæc pactio, ne depositi tecum agam, tibi prosit, ut Paulus loquitur; et tamen verum sit non ad hoc prodesse, ne de dolo tuo de quo constet, recte agam. Proderit eo, ut si dicas te amisisse, quanvis non probes, absolvi debeas propter conventionem: quod quidem conventione non interposita futurum non erat, ubi diximus amissionem quam alleges abs te probari, aut condemnari debere. Quod si contendam rem adhuc apud te esse, aut amissam dolo malo, et probationem in me suscipiam, audiendus sum, nec pactio obstabit, quæ sine manifesta turpitudine non potuit tibi concedere, ut impune in deposito me fraudares. *d. L. si unus*, §. *pacta*, *D. de pact.*

X. Summa ergo definitio de dolo prestando hæc una est, et certa, et perpetua, unumquemque quovis in contractu dolo suum præstare debere, ut si quid dolo ejus in re debita inciderit, quo res periret, aut deterior fieret, aut deperderetur, teneatur nihilominus perinde, quasi nihil eorum contigisset. Neque in ea re quemquam ulla conventione defendi, qua id agatur, ne dolo agere liceat, sive ea erit expressa, sive tacita conventio, qualis hæc videri potest, ne depositi agam: hactenus enim esse inutilem, quia sit contra bonos mores; dum tamen sciamus dicta hæc esse de dolo futuro, quem solum hac pactione invitari constat. De dolo præterito, sicut de falso, et cæteris delictis jam admissis sine hæsitatione pacisci et transigere licet.

XI. Contraria casus furtuiti definitio: sed et eadem una et certa, ubi nihil amplius quam casum fortuitum proponas. Ut ergo dicimus omnibus judiciis unumquemque dolum suum præstare: ita contra placet casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio, itemque a nemi-

mine [6] præstari. *L. quæ fortuitis, C. de pign. act. L. contractus.* in fin. *D. de reg. jur.* Nec cum de bonæ fidei judiciis, et similibus agitur, quidquam interest, utrum casu fortuito res perierit, deteriorve facta sit, an vero corpore integro sit amissa debitori; veluti si res commodata, venditave ei erepta sit, aut servus qui custodiri non solet, fugerit. *L. si ea res, D. de act. empt. d. L. contractus.* in fin. *de reg. jur.* Non solebant autem custodiri, nisi qui vincti dati essent, aut ejus ætatis essent, ut custodia indigerent. *L.* 5. §. *quod vero* vers. *sed an etiam*, *D. com.*

XII. Casus fortuitus a nostris definitur, casus qui prævideri non potest, aut cui præviso resisti non [7] potest. Exstat prior pars in *d. L. quæ fortuitis, C. de pign. act.* posterior in *L. in rebus*, in princ. *D. com.* Idem dicitur generaliter vis major: ut sit vis major quam ut ei resisti possit. *L. si cum venderet.* §. *ult. D. de pign. act. L.* 1. *C. com.* Itaque quod legitur in *L. si merces*, §. *vis major, D. loc.* Vis major, quam græci θεῦ βίαν appellant, posterius non pro interpretatione et demonstratione, sed pro restrictione accipiendum est: ut sit sensus, vis major non omnis, sed ea quam græci θεῦ βίαν appellant. Idem dicitur [8] fatum. *L. utique. D. de rei vind.* unde et damna fatalia quæ casibus fortuitis contingunt. *L. cum duobus*, §. *damna*, *D. pro soc.* Hujus generis casus a rebus superioribus est vis omnis quam nostri [9] vim divinam dixerunt, græci ut dixi, θεῦ βίαν *d. L. si merces*, §. *vis major*, *D. loca.* ut ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, procellarum, fulminis, æstus, frigoris, cæterarumque calamitatum, quæ a cœlo ingruunt. A rebus inferioribus inanimatis [10] incendia, ruinæ, naufragia, aquarum inundationes, eluviones maris. In rebus ipsis mortes animalium, soli chasmata. Ab hominibus incursus hostium, prædonum impetus, piratarum insidiæ, fugæ servorum, quæ custodiri non solent: quæ species sparsim occurrent in his locis. *d. L. contractus*, in fin. *de reg. jur. L.* 5. §. *quod vero, L. in rebus*, in pr. *D. com.* §. *item is*, *Inst. quib. mo. re cont. obl. L. cum res*, §. *ult. D. de leg.* 1. Adde his damna a privatis illata; quæ quominus quis nobis det injuria, nulla cura aut diligentia [11] consequi possumus. *L. ad eos, D. com. L. si ea res*, in princ. *de act. empt. L. sed de damno, D. loca.* Furta non sunt in hoc numero: quia ne quid furto nobis detrahatur, diligenti custodia adhibita [12] vitare possumus. Qua ratione, si quid furto sublatum sit in ea re, in qua culpa præstari debuit, placet debitoris detrimentum esse, qui alioqui hunc casum, non præstaret, si esset hic casus fortuitus. *L. cum duobus*, §. *damna*, *D. pro soc.*

XIII. Sed, ut proposui, ita casus fortuiti a nemine præstantur in bonæ fidei judiciis, si nihil amplius debitori obstet ad præstationem, quam casus fortuitus. Cæterum quod de interitu rei debitæ ante diximus, liberari debitorem omnem interitu rei debitæ, nisi quod factum ejus illi obstet, quominus liberetur; idem intelligendum est et rei amissione omnique periculo casus fortuiti in bonæ fidei judiciis, ut eo casu liberetur debitor iisdem conditionibus. Ut ergo re perempta in strictis judiciis tria obstant debitori ad liberationem, ejusque obligationem retinent, culpa ejus, mora, conventio; sic obstant hæc eadem debitori in bonæ fidei judiciis re perempta, et multo magis amissa. Nonnihil tamen dissimiliter: quæ dissimilitudo inter contractus bonæ fidei et contractus stricti juris in hoc genere liberationis nobis in commune hoc loco observanda est.

XIV. Ac de duobus posterioribus, mora scilicet debitoris, et conventione, jus plane idem de casibus fortuitis præstandis, quod diximus servari interitu rei debitæ. Generalis

6) Jure Saxonum Landr. *Lib.* 3. *Art.* 5. pignore perempto citra culpam creditoris, periculum quidem debitoris domini catenus, ut ejus æstimationem solvere non teneatur creditor, sed jactura fit crediti in quod obligatum fuit. Quod mutavit D. Aug. Sax. Elector. *Nov. sua* 26. *P.* 2.

7) Ita et noster *ad L.* 6. *C. de pig. a.* et P. Greg. 21. *Synt.* 12. *n.* 1. Delrio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *sub. finem* Sebast. Medic. *de fort. Cas. P.* 1. *Q.* 12.

8) Damnum fatale, detrimentum fatale etc. in LL. citatis a Lublero *Tr. de Incend. C.* 2. *n.* 2. *et seqq.*

9) Donell. *ad L.* 6. *C. de pig. act. n.* 3. *et seqq.* Vis major vel interna est, ut in animalibus mors cum vinum acescit etc. vel externa, et aut cælitus immittitur, aut a rebus inferioribus, et nobis cognatis infertur, atque hoc vel ab inanimatis ut naufragia, incendia, ruinæ; vel a brutis depastiones locustarum, gracculorum etc. vel ab hominibus hostium et prædonum incursus. Hot. 4. *Obs.* 16. fatalium casuum quinque species statuit. Vim divinam, naturalem, humanam, bestialem et fluvialem.

10) Incendium casus furtuitus, si extranium sit vel a vicini ædibus exortum vel a fulmine excitatum, Delrio *ad. L.* 23. *de R. I. C.* 26. vel a pravis hominibus et incendiariis. Alias sine culpa fieri non potest, licet ea non semper patrifamilias vel inabitanti imputari queat *L.* 3. §. 1. *de off. præf. vigil. L.* 11. *de peric. et. comm.* cujus L. recepta et negativa lectio rectissima, Cujac. 17. *Obs.* 29. *in fin.* Pac. 1. *Q.* 46. Virg. Pingiz. *C.* 2. Ill. *Q. Sax.* 23. *n.* 7. *et seqq.* contr. Hot. 5. *Obs.* 10. Vid. Modest. Pist. *P.* 1. *Q.* 25. Seb. Med. *de fort. Cas. P.* 2. *Q.* 7. Lubler. *Tr. de Incendio.*

11) Quæ imprudentibus accidunt *L.* 52. §. 3. *Pro Soc.* idest nihil hujusmodi verentibus, nec opinantibus. Imprudens enim significat non tantum ignorantem, sed et minime providentem, Rob. 2. *Reg. Lect.* 31. Nec necesse est vel *prudentibus* reponere, ut Hot. 4. *Obs.* 16. vel accipere ac intelligere quasi vocula *in* ibi non privet, et ita negationis vim detrahere, ut Gilb. *Reg.* 2. *Enant.* 20.

12) In furto levissimam culpam statuunt, Duar *ad tit. Commod. C.* 8. Menoc. 5. *Præs.* 3. *n.* 130. *et* 6. *Præ.* 61. *n.* 34. Seb. Med. *de fort. Cas. P.* 1. *Q.* 10. *n.* 4. Excipiunt domesticum, quod non ita facile præcaveri potest, Duar. *d. Lo.* Menoch. *d. Præs.* 61. *n.* 37. Hering. *de Fidejuss. C.* 20. §. 27. *n.* 17. *et* 2 *seqq.* diss. Delrio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 24.

ralis veterum constitutio est, moram perpetuare obligationem. *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. oblig.* Generalis definitio et illa, unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *D. de regul. jur.* In bonæ fidei autem contractibus jus traditum in *L. illud*, *D. de per. et com. rei vend.* Postremo constat post moram debitoris ideo damnum amissæ rei debere præstari moram passo, quia ita præstari æquum est; alioqui rem acceptam distracturo, et pretium lucraturo. *L. item si*, §. *ultim. D. de rei vind.* Hanc æquitatem admittunt ex omnibus judiciis maxime ea quæ sunt bonæ fidei, in quibus præcipue omnia æstimantur ex æquo et bono. §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Conventionis eadem vis in his judiciis, ut si convenerit initio, ut debitor casus fortuitos præstaret, eos præstet ex conventione. *L.* 1. *C. com. L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act. L.* 1. *C. depos. L.* 1. §. *sæpe*, *D. dep.* Et vero quibus in judiciis magis servanda sit hæc conventio, quam in judiciis bonæ fidei; cum nihil magis bonæ fidei conveniat quam servari id quod inter contrahentes actum est? *L. ex empto*, in pr. *D. de act. empt.*

XV. Sed de culpa debitoris, quæ casum fortuitum præcessit, nonnihil dissimile jus est in contractibus bonæ fidei atque in contractibus stricti juris. Etiam in prioribus sæpe legimus, si culpa debitoris præcedens amissioni rei et periculo caussam dedit perpetuari hic quoque ejus obligationem, et casum debere ab eo præstari. Atque hinc illa sunt. Dicimus incendium ut casum fortuitum nullo bonæ fidei judicio præstari. Hoc ita est, nisi incendium contigerit culpa ejus, qui rem debuit, ut fere solent incendia oriri culpa inhabitantium. *L. si vendita*, *D. de per. et com. rei vend.* Dicimus naufragium, latronum impetus, prædonumve casus fortuitos esse, eoque non præstari. Hoc ita est, nisi si cui res commodata sit, ut domi haberet, is autem peregre profectus aut inciderit in latrones, aut naufragio rem amiserit. *L. in rebus*, in pr. *D. com.* Sic diximus et damna ab aliis illata a nullo præstari, quia et hæc in casibus fortuitis numeranda sint. Sed et hoc ita accipi placuit, nisi damna contigerint in rixa, cui rixæ caussam debitor præbuerit. *L. pen.* in pr. *D. sol. mat.* aut illata sint propter ejus inimicitias. *L. si merces*, §. *culpæ*, *D. loc.* Quæ omnia eo dicuntur, quia in his præcessit culpa, quæ casui caussam dedit. Ubi cum casum fortuitum a debitore præstari dicimus, magis dicimus ab eo culpam præstari, quam casum, cum casum præstet propter culpam; proinde et hic magis originem spectemus.

XVI. Sed hoc, inquam, tunc solum locum habet, cum agitur ex eo contractu, qui culpam recipit, seu in quo culpa præstanda est: de quo genere mox dicetur. Quod si contractus dolum tantum recipiat, casum fortuitum debitor non præstabit, sive sine culpa ejus casus contigerit, sive ejus culpa; quoniam culpa sublata, quam placet in eo genere non præstari, solus relinquitur casus fortuitus, qui præstetur. At et hunc solum non præstari placet: Sit exempli caussa depositum. Si re apud aliquem deposita, cum is defunctus esset, heres dum putat esse hereditarium, vendiderit eam; aut donarit, aut occiderit pro sua; placet eum depositi non teneri, nisi quatenus ex ea locupletior factus est. *L.* 1. §. *ultim. L.* 2. 3. 4. *D. deposit.* Hinc animadverti potest id, quod præcipue in bonæ fidei contractibus hoc loco quærimus, quid sit proprium horum contractuum ad liberationem debitoris, cum de interitu, aut amissione rei quæritur: quo et ipso distent a stricti juris contractibus. Est autem in hac re quod inter hos contractus intersit, cum in genere periculi, tum in ejus caussa. In genere periculi hæc, quam initio hujus capitis ostendimus: quod in strictis judiciis, puta re ex stipulatu promissa, debitor interitu rei liberatur: amissione rei quæ salvo corpore rei contingat, non item. In bonæ fidei judiciis contra et interitu rei, et ejus amissione pariter liberatur. *L. si ea res*, *D. de act. empt.* In caussa periculi est præter dolum debitoris culpa. In hac est inter hos contractus istarum rerum duarum differentia. Una hæc; in strictis judiciis quodcunque factum est debitoris, quo res interiret aut amitteretur, sive in eo dolus sit, sive culpa tantum; perpetuat illi hæc culpa obligationem. *L. si servum*, in princ. *D. de verbor. obligation.* In bonæ fidei autem judiciis etiam hoc facto a quo modo dolus absit, debitor liberatur si agatur ex eo contractu, qui dolum tantum recipiat, quale esse diximus depositum. Altera hæc est; In strictis judiciis ut debitor tenetur re perempta, si qua ejus culpa, quæ in faciendo sit, interitus contigerit: ita si contigerit culpa quæ sit in non faciendo, id est, ejus negligentia, liberatur. *d. L. si servum*, in princ. *D. de verb. obligation.* In bonæ fidei judiciis spectamus qui contractus culpam et negligentiam recipiant, aut non recipiant: ut si qui non recipiant, in his re amissa non teneatur debitor, quamvis culpa et negligentia ejus res amissa sit. Sin qui

qui recipiant, quidquid horum in debitore caussam periculo præbuerit, detrimentum sit debitoris, qui in eo genere omnem culpam suam præstare debuit. Ita omnis hæc quæstio de casu fortuito in bonæ fidei judiciis ob culpam debitoris præstando aut non præstando hinc pendet, ut norimus, quid juris sit de culpa in unoquoque genere contractus præstanda; quod tertium est, de quo jam dicetur.

C A P. VII.

De culpa; quid sit, et quotuplex: tum quibus in contractibus præstanda sit, et quatenus.

Cur posteriore loco et separatim auctor de culpa tractationem instituat: rerum partitio. I.

Culpa quid sit. Ejus explicata definitio. II.

Eadem lata, et levis. III.

Lata quid sit, et unde dicta. IV.

Culpæ dolo proximæ seu latæ prior nota; si quis in alienis rebus utatur negligentia non consueta in suis. V.

Bartoli commentum de latioris et latæ culpæ diversitate exploditur. VI.

Altera, si non intelligat, quod homo quilibet intelligit. VII.

Secundæ hujus speciei exempla ex Paulo; et quid species hæc a priore differat. VIII.

Quomodo hæc concilianda; culpam dolo comparari; latam culpam esse dolum. IX.

Lata culpa non triplex, ut quidam; sed unius generis et speciei. X.

Levis culpa quid sit: fusior definitionis explicatio. XI.

Culpæ nomine absolute posito in jure levis culpa intelligitur. XII.

Hæc aut in faciendo, aut in omittendo posita. Quorsum ista divisio. XIII.

In his veterum locutionibus: præstari culpam, et diligentiam seu custodiam; deberi diligentiam quantam in rebus suis, *quatuor esse animadvertenda diligentius; et quæ illa.* XIV.

Levis culpa et levissima sive in faciendo, sive in negligendo una atque eadem apud juris auctores, et æque per ipsos præstanda. XV. XVI. XVII.

Exceptio. XVIII.

Lata culpa pariter ac dolus præstatur in omni contractu. XIX.

Nisi constet aliud de dolo, aliud de culpa lata statuisse leges. XX.

Summa juris de culpa levi præstanda in contractibus, aut secus. XXI.

Non præstatur jure communi in illis, in quibus sola dantis vertitur utilitas. Hi duo, et qui sint. XXII.

Item nec in agrimensoris opera, et in precario; sed in his ex jure singulari. XXV.

Præstatur præcipuis de caussis in quinque gratuiti officii contractibus: qui illi. XXIII.

Item quibus de caussis excipiantur singuli. XXIV.

Triplex ordo contractuum; et quinam ex his dolum et culpam recipiant. XXVI.

Levem culpam quæ est in omittendo minime præstant societas, dos, tutela, cura, rerum communio. XXVII.

Exponitur singulorum ratio. XXVIII.

Contrariis occurritur. XXIX. XXX. XXXI. XXXII.

Reliquos contractus omnes, qui culpam recipiunt etiam illam præstare quæ in non faciendo consistit. XXXIII. XXXV.

Emendatur L. contractus 23. *vers.* in his D. de R. I. XXXIV.

Quibus in contractibus præstatur diligentia, eadem unius generis præstanda in omnibus. XXXVI.

Præstationem culpæ in contractibus bonæ fidei debitam ad alios etiam illis similes pertinere. XXXVII.

In legatis, et fideicommissis eadem doli aut culpæ præstandæ, quæ in contractibus, servanda distinctio. XXXVIII.

I. HÆc ergo de dolo et casibus fortuitis dicta sunt, quid horum et quatenus in quoque judicio præstandum sit a debitore: de quibus priore loco diximus duabus de caussis. Primum quia et horum cognitio natura prior est: cum non sit culpa, nisi id peccatum, in quod neque dolus, neque casus fortuitus cadit. Deinde, quia eorum duorum co-

cognitio magis est exposita: utpote de quibus una est et simplex definitio in omnibus contractibus. Nam dolum in omnibus præstari: casum fortuitum in nullo, ante diximus. Tum autem quid sit horum utrumque, non est obscurum. Non eadem culpæ ratio. Nam primum non statim intelligitur, quid sit culpa. Certe non unum genus est culpæ, ac de generibus ipsis, quid sint, et quot sint, parum liquet. Neque vero de eo frustra laboratur: quia et hæc non habentur eodem jure. Non enim omnes contractus quamvis culpam recipiunt: et qui recipiunt unum genus, non omnes continuo ejus generis species pariter recipiunt, aut uno modo. Hinc, ut supra proposui, culpæ dificilior et obscurior explicatio est, dum hoc quæritur, quæ culpa quibus in contractibus præstanda sit. Ideo de ea non solum posterius sed et separatim dicemus. Ac primum quid sit, et quotuplex; tum quid ex eo genere in unoquoque contractu sit præstandum.

II. Culpa est, [1] omne factum inconsultum, quo nocetur alii injuria. *Factum omne*, ut intelligamus etiam quod omissum neglectumve est. Nam culpa non tantum in non faciendo est, ut si quis quid urat, frangat, rumpat: sed etiam in non faciendo, ut si negligat animal ægrotum, si agrum non colendo corrumpi sinat. *L. si servum*, in pr. *D. de verb. oblig.* Illa proprie factum est, atque ita nominatur in *L. et quidquid*, 21. *L. de illo*, 23. in pr. *D. pro soc.* hæc dicitur desidia et negligentia, quæ et ipsa species culpæ [2] numeratur. *L. socius*, 72. *D. pro soc.* §. *ult. Inst. de soc. L. magna*, *D. de verb. sig.* Hoc ipsum autem non facere, seu negligere aliquid, facere est. Est enim sibi imperare, et se continere, ne qui se continet, faciat. Et cum dicuntur apud Justinianum facta deduci posse in stipulatum, constat facti verbo non tantum contineri, ut aliquid fiat, sed etiam ne [3] quid fiat, §. *ult.* *Inst.* de verbor. oblig. *Factum incolsultum*, ut distinguatur [4] a dolo, et casu: quorum ab utroque vere distat culpa. Dolum quidem a culpa ubique distigui in hac quæstione, notum est. *L. contractus*, *D. de regul. jur.* *L.* 5. §. *nunc videndum*, *D. com. L. si cum venderet*, §. *ul. D. de pign. act. L. quidquid*, *C. arb. tut.* et passim alibi. Et quod in lege Aquilia damnum culpa datum sic accipitur, ut contineatur etiam quod dolo et consulto datum est. *L.* 5. §. 1. *D. ad leg. Aquil.* non tam proprietate efficitur, quam veterum sententia, qui hoc verbo usi sunt: quæ sententia ex comparatione majorem facile colligitur. Nam si tenetur ea lege, qui damnum dedit tantum culpa, quod est severius: multo magis intelligi oportet teneri eum, qui dolo damnum dederit; ubi minus mirum est teneri eum, qui magis deliquerit. In casu autem culpam non esse ex eo intelligitur, quod ibi solum culpa est, ubi quod humano captu provideri potuit, non est provisum. *L. si putator*, *D. ad leg. Aquil.* Casus vero fortuitus est, qui non potuit provideri. *L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act.* Porro ab horum utroque recte id factum distingui videtur, quod inconsultum dixeris. Nam dolus omnis consilii est: est enim machinatio consulto adhibita ad alium fallendum, eive nocendum. *L.* 1. *D. de dol.* In culpa non est consilium, et destinatio nocendi: sed tunc est, cum quid fit quovis modo, sive mala mente, sive per imprudentiam, quo non de industria, non dedita opera nocetur alteri. Id autem factum recte inconsultum dixerimus, quod ad nocendum consultum consilium non habet. Sed et eodem verbo recte culpa a casu distinguitur. Nam et id inconsultum non male dixerimus, quod consilio adhibito regi et vitari non potest. Jam vero casus furtuitus ejusmodi consilium et providentiam non admittit. *d. L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act.* Adde, [5] *quo nocetur*

1) Coras. 4. *Misc.* 1. definit: Imprudentia qua homines circa res alienas vel negligunt quod fieri oportet, vel faciunt quod omitti debet, et Delrio *ad. L.* 23. *de R. I. Ca.* 1. *pag.* 117. et fere probat Gœd. *ad L.* 213. §. *ult. de V. S. n.* 1. nisi quod vocem *alienas*, omittit, vid. *N.* 5. Sed rectius generis loco, Factum, quia Culpa non est imprudentia, sed illius consequens, ac licet sæpe ita vocetur, tamen in definitione exactiores simus. Decian. *Lib.* 1. *Tr. crim. Cap.* 6. *n.* 4. ita Peccatum per imprudentiam admissum, in alicujus damnum, quod per prudentem, si animadvertisset, evitari potuisset.

2) §. 9. ibi: *culpæ, id est desidiæ et negligentiæ. I. Quib. mo. re Contr.* §. 6. *I. de L. Aq.* 91. *pr. de V. O.* Cujac. 16. *Obs.* 24. contra Accursium, qui culpam in faciendo consistere.

3) *L.* 121. *de R. I.* Male autem P. Greg. 21. *Synt.* 11. *n.* 2. omissionem curæ esse culpam, et in eo maxime differre a dolo, quod hic in committendo. Omissionis esse facere aliud, quam oporteat et ita quæ facienda sunt omittere.

4) Dolus sceleratæ, culpa stolide mentis; ille voluntatis vitium, hæc intellectus, et memoriæ. Decian. 1. *Tr. crim.* 6. *n.* 4. *et* 5. ubi LL. adducit, quibus culpa dolo opponitur. Latiori tamen sensu culpa dolum continet *L. magna* 226. *de V. S.* denotans peccatum negligenter vel malitiose, Cic. 1. *Off. Cavendum ne major pœna sit quam culpa. Pœnam moderatus es ad modum culpæ*: Hadr. *in Coll. LL. Mosaic. Tit.* 1. Sic *L.* 9. §. 3. *de minor.* Sic. in L. Aq. culpæ nomine venit etiam dolus *L.* 5. §. 1. junct. *L.* 39. §. *pen. ad L. Aq.* vid. Gœd. *ad L.* 213. §. *ult. de V. S. n.* 1. Delrio *ad L.* 123. *de R. I. C.* 1. *p.* 118. Charod. 3. *Verisim.* 9. Lubler. *de incend. C.* 3. *n.* 1. *et Ca.* 4. *n.* 2. Decian. *d. C.* 6. *n.* 1. *et* 2. ubi tradit si quis fidejusserit pro omni culpa famuli, teneri quoque de delicto dolo commisso. Significatione autem verbi et crebriori usu perpetuo a dolo distingui scribit Donellus noster *ad L.* 11. *C. Mand. n.* 4. Et media est inter dolum, et casum, utriusque expers. Charond. 3. *Verisim.* 9.

5) Sic melius quam *circa res alienas*, quia in rerum propriarum administratione non præstetur, ut Delrio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *p.* 118. Nam quoties dominium est revocabile, culpa præstatur, etiam in re sua, ut in dote, item pacto redimendi etc. Quin et Gœd. *ad L.* 213. §. *ult. de V. S. n.* 1. in rebus propriis quoque committi, licet non ita exigatur, nec puniatur nisi in nimium abusum abeat *L.* 2. *de his qui sui.*

tur alii. Nam quidvis facere, quo alii non noceas jure concessum est. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* ac proinde nullum in eo peccatum, aut delictum. *L.* 1. *D. de legib.* Omnis autem culpa peccatum est. Adde amplius, *injuria*: sic definitionem absolveris. Id autem eo pertinet, ut si quis quid fecit in re debita jure suo, quanvis eo facto damni aliquid contigerit, sciamus culpam non esse, eoque et factum esse impunitum: eadem illa ratione, quo modo usi sumus, quod non est culpa, si quid jure concedente facias; quia scilicet non est peccatum: omnis autem culpa peccatum est. *d. L.* 5 §. 1. *ad leg. Aquil.* Ut puta commodavi tibi vestimenta, quibusutereris. Recte utendo attrivisti: id damnum præstabis, quia in eo nulla tua culpa est, quod ita damnum dederis. Ideo autem nulla tua culpa, quia jure tuo ita usus es; et jure ideo, quia domini permissu. *L. eum qui*, in princ. *D. comm.* Item commodavi tibi equum, ut ad bellum duceres: ductum in bello amisisti. Commodavi, ut ad certum locum duceres: et in itinere aut incidisti in latrones, aut equus deterior factus est qui eum laborem sustinere non potuit. Etsi his omnibus damnis ductio tua caussam dedit; tamen nihil eorum præstabis; quia jure tuo duxisti, dum duxisti meo permissu. *L. si ut certo*, §. *sed interdum. L. ultim. D. com.*

III. Culpa [6] duplex est: lata, et levis. Tot enim genera legimus veteribus cognita distincta a dolo, tradita his locis, *L. mulier*, §. *sed enim*, *D. ad Treb. L. quidquid*, *C. arbit. tut. L. tutori*, *C. de neg. gest.*

IV. Lata culpa dicitur a veteribus eadem, quæ dicitur [7] magna culpa in *L. magna*, *D. de verbor. significat.* Nam quod dicitur in *L. quod Nerva*, *D. depo.* latam seu latiorem culpam dolum esse, idipsum tribuitur magnæ culpæ in *d. L. magna.* Non recte, nisi magna et lata culpa una et eadem esse intelligitur: quoniam de levi culpa id dici non potest; neque plura sunt genera culpæ, quam lata et levis. Et res ita habet: lata culpa est, quæ non est levis, sed magna culpa; sic dicta ex usu latinorum, quo ea quæ magna et ampla esse significare volunt, dicunt lata, et late patere. Unde latifundia magnos et late patentes agros dixerunt; et, quædam inter se longe lateque distare, pro multum; ut sit hic synecdoche, pars pro toto. Nam latitudo magnitudinis pars est: sic tamen pars, ut non possit latitudo nisi rei magnæ intelligi. Ea autem late, et magna culpa dicitur, quæ ita dolus non est, ut tamen sit dolo proxima. Neque aliter veteres latam culpam circumscribunt; qui dum latam volunt notare, pro lata dicunt culpam dolo proximam. Idque ex eo facile licet intelligere, quod quæ culpa ab illis dicitur dolo comparari, ea modo dicitur lata, modo et frequentius dicitur culpa dolo proxima. Nam quod Ulpianus dixit, latam culpam dolo comparari, in *L.* 1. §. 1. *D. si mens. fals. mod. dix.* Idem eamdem sententiam alibi varie exprimens pro eo dixit, culpam dolo proximam dolum repræsentare, doli verbo contineri, [8] prope dolum esse. *L.* 1. §. 1. *D. si is qui test. lib. juss. erit. L. quæsitum*, §. *eum quoque*, *D. de prec. L. ult. D. de eden. L. si fidejussor.* in princ. *D. de fid.* Et certe non alia culpa dici potest magna, quam quæ proxime ad dolum accedit: hæc autem est lata culpa. Itaque si quis latam culpam definire velit, recte dixerit ex veterum usu, esse culpam dolo proximam. Sic enim culpæ verbo intelligemus generaliter id factum, quod ante, culpam esse diximus: addita autem differentia, fiet species certa ejus generis, ut dicatur factum quidem inconsultum, sed factum dolo proximum, quo nocetur alii injuria.

V. Culpam dolo proximam esse eoque eam quam latam dicimus, duabus [9] ex rebus tan-

6) Ita et noster *ad L.* 11. *C. Mand. n.* 18. *et seqq. et n.* 31. *et seqq.* Et duas esse species Ræv. *ad L.* 23. *de R. I.* sed longe aliter explicans, peculiari plane modo, dum latam culpam a lata negligentia secernit, et hanc eandem cum levi culpa statuit, nec culpæ nomine omnem negligentiam comprehendi sentit, aliaque ab aliorum opinione penitissime aliena adfert. Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Ca. I. p.* 119. *et seq.* duas species, tres autem gradus constituit. Sed verius qui culpæ nullas species, tres vero gradus statuunt, ex triplici diligentiæ gradu. Exacta, communi, et minori: seu summa, media, infima, P. Greg. 21. *Synt.* 11. *n.* 3. Hopper. *Lib* 1. πειθανάων pag. 29. Charond. 3. *Verisim.* 9. Duar. *de Commod. Ca.* 8. Curt. 2. *Coni. ad. Fr.* 28. Cujac. *ad L.* 23. *de R. I.* Gregor. Lopez. *Animadv. Cap.* 17. *n.* 3. *et* 4. Lycklama 7. *Membran.* 34 scite Decian. *d. Cap.* 6. *n.* 8. Majoris enim et minoris ratio specie differre non facit *L. ultim. de instr. Leg.* Quin omnes actus humani gradus fere recipiunt. Sic atrocior injuria, acerbior et lenior pœna.

7) Quæ et magna negligentia *d. L.* 226. *L.* 1. §. 5. *in fin. de O. et A.* Manifesta *L.* 2. *C. arb. tut.* lata et dissoluta *L.* 29. *pr. Mand. L.* 6. *de adm. rer. ad civ.* nimia *L.* 213. §. *ult. de. V. S.* remissior *L.* 5. *C. de peric. tut.* dissoluta ignoratio *L.* 55. *de æd. ed etc.* vid. Delrio *d. C.* 1. *pag.* 120. Decian. *d. C.* 6. *n.* 11.

8) Prope fraudem accedit *L.* 7. §. 1. *de susp. tut.* in doli crimen cadit. *L.* 1. §. 5. *de O. et A.* Delrio *d. Ca.* 1. *pag.* 121. Charond. *d. C.* 9. Decian. *d. C.* 6. *n.* 12. *et seq.*

9) Donell. ad *d. L.* 1. *C. Depos. n.* 4. Æstimatur, ait, ex duabus rebus: Aut ex captu hominum communi, si obtentitur ignorantia rei quam omnes intelligunt. Aut ex captu privato, et soluta diligentia ejus qui peccat, si non eandem adhibet quam in suis, ex. gr. si hostibus adventantibus res suas alio transtulit, depositas reliquit. Diss. quoad alteram notam Hotom. 3. *Obs.* 2. putans minorem, quam in propriis diligentiam esse levem culpam per *L.* 25. §. 16. *Fam. erc.* quæ tamen contrarium probat. *L.* 72 *Pro soc. L.* 22. §. 3. *ad Trebell.* Unde et in *L.* 32. *Depos* pro *latiorem leviorem* substituit, lapsu per quam gravi et indigno. Aliter Cujac. *ad d. L.* 23. *de R. I.* latam culpam haberi in depositario, si non æque attentus in aliena, ut sua: in socio levem, si rem communem non æque servet, et Delrio *d. Cap.* 1. *pag.* 128. in deposito ac precario latam culpam hoc modo sumi. In aliis contractibus levem culpam vocari *d. L.* 72. *L.* 24. §. 5. *Sol. matrim.* Parte alia diss. Lopez. *ut infra N.* 14.

tanquam notis deprehendimus, quas veteres ad hanc culpam designandam tradiderunt. Una est, si quis in rebus debitis et fidei suæ commissis non eamdem curam et diligentiam adhibet, quam adhibere solet in suis.

VI. Attribuitur quidem hoc factum ei culpæ, quæ dicitur latior, in *L. quod Nerva*, *D. depos.* Sed errat, si quis latiorem culpam quæ illic nominatur, aliam esse putat, quam latam, ut illic fecit [10] Bartolus. Sunt hæc pro eodem usurpata a veteribus, ut definitiones eorum de hoc genere declarant. Nam quod de latiore culpa dicitur in *d. L. quod Nerva*, hanc dolum esse: hoc idem dicitur de magna culpa in *L. magna*, *de verbor. obligat.* Et quid est magna, nisi lata? nam utrumpue est positivi gradus. Est igitur latior idem, quod lata. Jam illud, non adhibere alienis rebus eamdem diligentiam, quam adhibemus nostris, quod latioris culpæ esse dicitur in *d. L. quod Nerva*, dicitur non obscure Ulpiano lata culpa in *d. L. mulier*, §. *sed enim*, *ad Treb.* ubi cum latam culpam distinguit a levi, et consueta in suis rebus negligentia: satis ostendit, peccare non consueta in suis rebus negligentia latam culpam esse. At hoc ipsum, peccare non consueta in rebus suis negligentia, nihil aliud est, quam non præstare eamdem diligentiam alienis rebus, quam nostris. Quare ut hoc idem est latioris culpæ, ita et latæ; ac proinde latior et lata idem. Motus est Bartolus vi comparativi latior: quia didicerat a Grammaticis comparativum augere vim positivi, ac plus ponere quam sit in positivo. Regulariter hoc ita fit: sed non est perpetuum. In quo fefellit eum usus latini sermonis, quo frequentissime comparativus ponitur non solum [11] pro positivo, sed etiam minuendi positivi caussa. Cujusmodi est illud apud Virgilium Lib. I. Æneid.

Tristior et lacrymis oculos suffusa
nitentes.

Ubi tristior non significat tristiorem, quam qui tristis est, sed tristiorem solito, seu sub tristem; quod minus est, quam si tristem dixisset. Hujus generis et illa, *Attentior est ad rem*, *est iracundior paulo*, *vinum est austerius.* In quibus minus dicimus, quam si simpliciter hominem attentum ad rem, aut iracundum, aut vinum austerum diceremus. Utcunque est, certe in his concedunt omnes nihil amplius quam vim positivi inesse. Ita culpa latior cum per se ponitur, ex hoc usu aut minus significat, aut certe nihil amplius, quam lata culpa. Et cur dubitemus de verbo latioris id affirmare, cum in verbo majoris, quod verbum est ejusdem significationis et gradus, hunc nostrorum usum esse constet? Nam quæ a nostris dicitur vis major, ut *L. si merces*, §. *vis major*, *D. loc.* *L. si cum venderet*, §. *ultim. D. de pignor. action.* ea est, quæ dicitur in eadem re vis magna in *L.* 2. in fin. *D. de peric. et com. rei vend.* Illuc ergo redeo: latæ culpæ, quæ et eadem latior dicitur, notam esse, si quis non eamdem diligentiam alienis rebus præstet, quam suis, ut est in *d. L. quod Nerva*, *D. depos* pro quo Ulpianus dixit, si quis peccet non consueta in suis rebus negligentia. *d. L. mulier*, §. *sed enim*, *D. ad senatusconsult. Trebellian.*

VII. Altera latæ culpæ nota est, non intelligere quod omnes homines intelligunt; de quo scriptum est in *L. latæ*, *D. de verb. significat.* his verbis, *latæ culpæ finis est*, *non intelligere id quod omnes homines intelligunt.* Finem hic recte accipiemus extremum: finem autem latæ culpæ, extremum latæ culpæ proprium, seu extremum, quod proprie in latam culpam cadit: ut sit sensus: non intelligere id quod omnes intelligunt, et per hanc ignorantiam damnum dare, est finis et extremum proprium latæ culpæ; ac propterea declarat hic peccatum esse lata culpa. Finem et extremum dixit Paulus, quia multa sunt ab initio, per quæ ad hanc ignorantiam pervenitur, quæ tamen statim latam culpam non efficiunt. Sed cum ventum est ad illud extremum, ut ignoretur quod omnes intelligunt, tum efficitur ea culpa, quam latam dicimus. Id hanc significationem habet,

ut

10) Bart. *in d. L.* 32. sex species enumerans, quem antiquiores sequuntur et Seb. Med. *de Cas. fort. P.* 1. *Q.* 10. *n.* 2. (et Loriot. *Tr. de R. I. Axiom.* 138 *et seqq.* 4) recenset, latiorem a lata separans) Latissimam, latiorem, latam, levem leviorem, levissimam. Sed ad notitiam hujus materiæ sufficere trium graduum distinctionem ostendit Decian. *d. C.* 1. *n.* 9. Etsi enim negari non debeat latam, item levem culpam non semper esse æqualem; sed nunc graviorem, nunc leviorem, prout a dolo proprius vel longius abest. Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 28. Ræv.*ad L.* 23. *de R. I. p.* 199. vel ut Charond. 3. *Verisim.* 9. quo vel proximior nequitiæ, vel remotior non a scelere modo, sed et sceleris suspicione, idque pro re nata ex circumstantiis et qualitate facti æstimandum, ad eumque modum pœna moderanda: ea tamen ratione non sex tantum, sed et 12. vel plures gradus constitui possent. Culpa enim in hominum actibus non potest certis terminis circumscribi, Decian. *d. C.* 1. *n.* 25. Et juris certe auctores latæ nomine latiorem complexi sunt. Nam si lata culpa est dolo proxima, latior erit ipse dolus, latissima supra dolum, Decian. *d. n.* 9. add. Lopez. *Animadv. C.* 17. *n.* 3. *et* 4.

11) Ornatus caussa. Sic benignius, et longius *L.* 18. *d. LL. L.* 18. *pr. de Judic.* culpa gravior *L.* 64. §. 1. *de acq. do.* Et comparativus certe positivo inest. Facit. *L.* 32. *de V. S.* Decian. *d. n.* 9. Delrio *d. C.* 1. *p.* 127.

ut si quis quid fecerit, ex quo certum periculum immineat, et quod omnes sensu communi præditi intelligant imminere, id lata culpa sit, sive sciat id periculum subesse, sive ignoret. Nam si scit, vere culpa est dolo proxima, quam latam esse constat: si ignorat, hoc ipso etiam lata culpa est, quod noluit scire, aut etiam simulat se ignorare id quod omnes homines intelligunt.

VIII. Hujus generis exempla sunt, quæ proponit idem Paulus in *L. in lege, D. ad leg. Cornel. de sicar.* si quis ex alto se præcipitaverit, et super alium venerit, eumque occiderit: aut putator ex arbore cum ramum dejiceret, non proclamaverit, et prætereuntem occiderit. In his ille latam culpam nominatim ponit: ut si eadem transferamus ad eum debitorem, qui rem debitam obviam his factis occiderit, aut deteriorem fecerit, habeamus eam latam culpam, de qua præstanda nunc agimus. At cur in his latam culpam statuit? quia facta sunt ejus notæ, quam ipse de lata culpa alibi tradidit. Sunt enim facta ejusmodi, ex quibus periculum illud certo imminebat: quod si is a quo illa facta sunt, dicit se ignorasse, venit ad extremum proprium latæ culpæ; obtendens videlicet ignorationem ejus rei, quam omnes intelligunt. Nam cum quid dejicitur in eum locum, quo iter fieri solet, fieri vix potest, quin in rem aliquam prætereuntem aut aliquo modo obviam impulsus aut dejectio incidat: quod omnes norunt. Distat hæc species a priore, quod in negligentia hoc evenit, ut si quis res alienas negligenter tractet, non sit lata culpa, si quis æque eodem modo suas negligat. In factis autem superioribus si quis per dissolutam istam ignorantiam, quam dixi, damnum det in re debita, id omnimodo præstat, quanvis eodem genere facti [12] peccaret in suis rebus. Finge maritum ea sævitia uti in servos dotales, ut nemo ignorare posset, ea sævitia futurum, ut servi aut interirent, aut deteriores fierent, idque accidisse. Placet eum omnino teneri eo nomine quanvis idem et in suis talis fuerit. *L. si constante, §. si maritus, D. sol. mat.* Merito: Hoc enim ipsum non intelligere, quod omnes intelligunt, peraperte dissolutæ negligentiæ est. Negligere autem rem aliquam non continuo, sed ita demum, si scias ejusmodi aliquid esse præstandum, quo res servetur, et possis præstare: quorum de utroque ex eo quod quis in suis faciat, est estimandum.

IX. Illud de lata culpa animadversione dignum est, quod a veteribus de ea sic passim traditur, ut declaretur aperte dolum non esse: et tamen eadem certis locis dicatur esse dolus. Quæ cum in speciem sint contraria, faciendum est hoc loco, ut explicentur. Culpam latam nostris dolum non esse argumento hæc sunt. Primum distinguitur passim a dolo, non minus, quam culpa levis. *d. L. quidquid, C. arbit. tut. d. L. tutori, C. de neg. gest. L. 1. C. depo.* Deinde dicitur dolo comparari, dolum repræsentare. *L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dix. L. 1. §. 1. D. si is qui test. lib. esse juss. erit.* Quod de his quæ sunt eadem, aut quorum unum de altero dici potest, nunquam recte dixeris. Neque enim fieri potest, si quis dicat testamentum comparari testationi mentis, cum ipsum sit mentis testatio: aut emptionem comparari conventioni, cum emptio sit conventio, non sane magis quam si quis dicat hominem comparari animali, cum homo ipse sit animal. Ex quo apparet, si recte dicitur lata culpa dolo comparari, hoc dici latam culpam dolum non esse. Rursum certis locis diserte traditur, latam culpam esse dolum. Traditum hoc in *L. quod Nerva, D. depo.* de latiore quidem culpa; sed qua ante ostendimus non aliam significari, quam latam. Traditum de magna culpa in *L. magna, D. de verb. significat.* Sed et hæc nihil aliud est, quam lata culpa, ut ante ostendimus. Quomodo igitur hæc conciliamus? Hoc modo: Proprietate verbi, et genere facti lata culpa non est dolus: interpretatione justa, et effectu juris [13] dolus est. Latam culpam dolum non esse

[12]) Diss. P. Fab. *ad L. 23. de R. I. p.* 130. volens si quis sit in suis rebus negligentissimus, ac talem se quoque præstet in deposito, non teneri. Et Lopez *Animadv. C. 17. n.* 10. *et seqq.* (1) quia hoc repugnet illis textibus, quibus consueta in rebus suis negligentia non coercetur. (2) Quia lataculpa dolus dicitur. Quid vero doli res habet si idem mibi quod aliis facio (3) In *L. 32. Depos.* non requiritur, ut sit ad eum modum diligens quem hominum natura desiderat, sed ut ad suum. *Et ad L. 213. §. ult. L. 223. de V. S.* Resp. id admitti, si culpa proveniat ex ea ingnorantia, in qua comparatio rerum suarum non cadit, tunc enim æstimari ex neglectione ejus quod nemo sanæ mentis facile omitti. Quin et *d. L.* 223. sic exponere tentat finem esse latæ culpæ, id est eo pertingere levem et ibi desinere, sicuti fretum Gaditanum, finis Hispaniæ, non est Hispania etc. Sic et Rob. 2. *Rec. Lect.* 8. exponit *d. L.* 32. vers. *nam etsi.* Licet aliquis negligentior fuerit in rebus suis, quam plerique solent, si tamen illam innatam negligentiam excesserit in custodiendo deposito: fraude non caret. Nec verba alium sensum ferunt, si vulgatam lectionem retineas, cui male negationem detrahunt Hotom. 5. *Obs. 2. et in Epit. ad t. Depos. n.* 10 et Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 28. *in fin.*

[13]) Valentin. Volt. *ad L. Corn. de sicar. C. 3. n.* 3. non ex nominis proprietate, sed per interpretationem extrinsecus assumptam. In dolo vafrities, in hac inscitia, ille fit sponte, hæc partim invite, ille scienter, hæc ignoranter, Delrio *d. C. 1. p.* 126. vid. Decian. *d. C. 1. n.* 16. Neque huic interpretationi semper locus, sed ubi vehemens fraudis suspicio. Quia enim adeo crassa, et supina est, conjuncta malitiæ et affectata censetur, cum raro eveniat, ut quis sit adeo

esse definitio utriusque declarat. Nam dolus est machinatio consulto adhibita ad nocendum: cum quod facimus, facimus data opera, ut noceamus; consulto, studio, de industria. *L.* 1. *D. de dol.* Lata autem culpa est, cum quod facimus, non facimus consulto, ut noceamus: etsi tam magna in nobis culpa est, ut non procul a dolo abesse videamur. Id ita esse, notæ, et in singulis ea exempla quibus ad hoc genus demonstrandum antea usi sumus, satis indicant. Nemo enim dicet eum qui rem alienam negligit, ideo negligere consulto, ut pereat, aut deterior fiat. Fieri enim potest, ut negligat, quia fugit laborem. Et quod majorem diligentiam adhibet rebus suis, eo fit, quia unusquisque fere sibi magis consultum esse vult, quam alii, ut est communis morbus naturæ depravatæ: non quia cogitet nocere vicino. Item cum quis aut se præcipitat, aut aliquid dejicit in publicum, et casu in rem aliquam incidit, quam et rupit, ne hoc quidem dicere possumus factum consulto, ut id damnum incideret. Multi enim sunt, qui hæc faciant petulantia aut levitate magis, quam studio; dum scilicet periculum facere volunt, quem eventum is casus habiturus sit, aut potius videre, si cui metum incusserint. Neque plura sunt facta, quibus lata culpa arguatur. Vere igitur dicitur proprietate verbi, et genere facti latam culpam dolum non esse, atque hac de caussa a dolo recte distingui. Sed nihilominus etiam recte dicitur dolum esse interpretatione, et effectu juris; quia usque adeo sit dolo proxima, ut jure pro dolo habeatur, atque ita effectu sit dolus. Idque ita interpretandum ex eo intelligimus, quod aliis locis tam constanter dicitur lata culpa pro dolo esse; dum huic comparatur, hunc repræsentat, hujus verbo continetur. *d. L.* 1. §. 1. *si mens. fal. mod. dix. d. L.* 1. §. 1. *si is qui test. lib. esse jus. erit, d. L. quæsitum*, §. *eum quoque*, *de prec.* Quod pro dolo est, id non male dolum dicimus, quia effectu juris dolus est: similiter ut patientiam in servitutibus transferendis dicimus esse pro datione et traditione servitutis. *L. ult. D. de servitut.* Cum tamen alibi hæc ipsa patientia dicatur esse datio et traditio servitutis, ut in *L.* 3. *D. de usuf.* Indicat hoc idem Ulpianus, qui in *L. dolus*, 44. *D. mand.* in mandato dolum esse dicit, si quis quod ad mandatum pertinet, sciens non facit, cum posset, puta non vult persequi quod potest, aut sciens non utitur exceptione, qua uti poterat: ipse autem alibi scribit dissolutam negligentiam esse hanc, quam ideo debeat mandatarius præstare, quia dum ita se gerit, videatur dolo versari, et dissoluta negligentia prope dolum sit. Hoc ille in *L. si fidejussor*, 29. in pr. *D. mandat.* Ubi aperte quod alibi dolum esse dixerat, ideo dici ostendat, quia pro dolo habeatur. Sed hic opponitur *L. quod Nerva, depos.* ubi non præstare eamdem curam deposito, quam suis rebus, dicitur fraude non carere, eumque qui id faciat, facere non salva fide, eoque contra bonam fidem: proinde et dolo: quæ omnia de re et facto ipso dicta sunt a Celso, non de juris interpretatione. Dicendum est in hoc genere negligentiæ, quæ admittitur in rebus depositis et fidei accipientis commissis non factum tantum ipsum per se spectari, sed et officium, quo obstringitur, qui accepit. Si factum per se spectetur, non potest dici statim dolo facere eum qui rem negligat; quia non continuo dixeris eum dedita opera et consulto id facere, ut res pereat aut deterior fiat, ut ante ostendi. Sin spectetur officium quo se obstrinxit depositarius ad rem bona fide servandam, hic recte dixerimus eum contra eam fidem facere, eoque [14] hactenus fraude non carere, si cum sciat et possit rem curare, non curet. Cum enim hanc custodiam ex bona fide in se receperit, quæ potest illi in negligentia sua esse excusatio, ubi scivit quid facto esset opus ad rem servandam et potuit id facere? Scivisse enim apparet: quia ut providet, ita eadem facit in suis. Cæterum semper illud manebit, cum ab hoc officio præstationis susceptæ discesserimus, si factum ipsum etiam negligentiæ superioris spectabimus, nunquam vere id factum absolute dolum dici posse: licet interpretatione et juris effectu pro dolo habeatur.

X. Lata culpa jure est unius generis: et unum eumdemque effectum habet, eum quem modo dixi, ut dolo comparetur, quibus in caus-

stupidæ mentis, ut quod omnes sciunt ignoret, Decian. *d. n.* 16. Ideoque est et vocatur dolus. *L.* 226. *de V. S. d. L.* 32. *Depos.* scilicet præsumptus, Gœd. *ad L.* 213. §. *ult. de V. S. n.* 2. Delrio *d. C.* 1. *p.* 126. Quandoque tamen fraudis suspicio cessare potest et apparare mera supina negligentia, veluti si quis se de alto præcipitans alium interimat *L.* 7. *ad L. Corn. de sic.* Quis enim hoc fraude faciat. Ideoque tunc dolo non æquiparatur. Baro *in* §. *ult. I. de societ. f.* 322, sed ab eo remotissima, Delrio *d. Cap.* 1. *p.* 122. Sic et doli pæsumptio cessat quando eodem modo dissolutissime negligens fuit in rebus suis. Atque hoc modo forte distinctio Zasii inter culpam versutiæ, et ignorantiæ, seu ut alii, malitiæ et imperitiæ, Gœd. *d. lo. n.* 1. Lubler. *de Incendio C.* 4. *n.* 2. sustineri poterit, quam impugnat Decian. *d. C.* 1. *n.* 17. *et seq.*

14) Et ob violentam præsumptionem. Donell. *ad L.* 1 *C. Depos. n.* 18 et per ea quæ *N. præc.* Incommode Lopez. *Animadv. Ca.* 17 *n.* 10. *Est culpa*, ait, *si mentem inspiciamus*, *dolus si rem ipsam*, *quia et ex re dolus est L.* 36. *de V. O.* Nam Celsus non dicit fraude negocium non carere, sed hominem ita indiligentem.

caussis dolus præstandus est; de quo postea amplius suo loco. Hoc sentio, latæ culpæ non esse has species, ut quædam sit lata tantum, quædam latior, quædam latissima, ut quidem his verbis res jure diversæ significentur. Nam quæ latior culpa dicitur in *L. quod Nerva, depo.* eamdem esse ostendimus, quæ dicitur lata; quemadmodum vis major nostris eadem est, quæ vis magna. Latissima autem culpa etsi apud juris auctores nusquam legitur, quod sciam; tamen si libeat hoc verbum usurpare de culpa, non potest eo verbo alia intelligi, quam lata. Ea enim demum latissima est, qua nulla est latior. At nulla culpa latior est ea, quæ dolo est proxima. Ea autem est lata. Nam quod Bartolus dicit latissimam culpam esse verum dolum, ineptum est: quoniam de culpa sic nunc agimus, ut culpam intelligamus, quæ distet a dolo.

XI. Levis culpa est omne factum, quo nocetur alteri injuria per imprudentiam. Intellectum est enim ex superioribus, si quod factum sit, quo nocetur alteri injuria, ita demum culpam esse, si neque in dolum, neque in casum fortuitum cadat: rursum ita esse levem, si non sit lata: cum non plura genera sint culpæ, quam hæc duo, lata, et levis. At tria hæc superiora verbum imprudentiæ removet, atque proprium levis culpæ factum constituit. Nam dolus consilii est, cum læditur et fraudatur quis consulto et data opera. Imprudentia incogitantia est, et consilium non habet. Lata culpa quæ est dolo proxima, est ejus qui norit periculum quod ex facto imminet, aut pro eo habetur quasi sciret, quia omnes id intelligant. Imprudentia est ejus qui id ignoret, quod et plerique omnes faciant, qui non sunt negligentes patresfamilias. Postremo casus fortuitus est in iis rebus, quæ consilio et humana prudentia prævideri non possunt. *L. quæ fortuitis, C. de pignor. action.* Imprudentia contra in iis, quæ consilio regi et vitari possunt, cum ea contra officium prudentis provisa et vitata non sunt. Superioribus autem tribus remotis, dolo, casu fortuito, lata culpa, sicubi culpam nominabimus, eam levem intelligi necesse est. Licet etiam levem culpam cum veteribus definire hoc modo: ut sit levis culpa, cum a debitore id factum non est, quod diligens paterfamilias in rebus suis faceret, et ea re in damnum incidit; si modo et debitor in suis rebus eadem negligentia utatur. Vel hoc modo: ut sit culpa levis, cum quod a diligente provideri potuit, per imprudentiam non est provisum et hinc damnum datum est. Quarum definitionum posteriorum prior colligitur ex *L. si cum venderet*, §. *ult.* juncta *L. ea igitur*, seq. *D. de pign. act.* Nam cum in *d.* §. *ult.* scriptum esset, venire in actione pigneratitia et dolum et culpam, venire et custodiam seu diligentiam: ex his sic infertur in *d. L.* ea igitur. *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur.* Unde ergo istud, *igitur*? Nempe ex eo quod prius dictum erat in actione pigneratitia præter dolum etiam culpam et diligentiam præstari: culpæ autem quæ hic nominatur, proprium est, non facere in re pignerata, quod diligens paterfamilias in re sua faceret. Ex quo recte colligitur, ut creditor hanc culpam evitet in pignore, et præstet diligentiam contrariam, ipsum omnia præstare debere in pignore, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet. Atqui cum prius dictum est, in hac actione venire et dolum et culpam: omnes intelligunt culpæ verbo hic dici levem, non latam: quoniam doli verbo, quod præcessit, satis lata continebatur, ut mox dicetur amplius. *L. quæsitum*, §. *eum quoque*, *D. de præc.* Posita igitur ea diligentia quæ exigatur ab eo, quem levem culpam præstare volumus, satis demonstrata est per contrarium culpa levis superioribus verbis. Sed adjicientum est, quod dixi, si modo is qui diligentis patrisfamilias curam non adhibet alienis rebus, idem peccet, et eadem negligentia utatur in suis. Nam si homo in suis rebus diligens, non eamdem curam præstet alienis fidei suæ commissis: recte quidem dicetur eum non adhibuisse in alienis rebus eam diligentiam, quam diligens paterfamilias suis præstare solet: sed non levis hæc culpa erit, sed lata: quæ toties est, quoties quis in rebus debitis non eamdem diligentiam adhibet, quam in suis, etiam [15] si

15) At hanc extensionem *dd. LL.* non probant. Nam *d. L.* 32. aperte loquitur de homine alias quoque negligente in suis, negligentiore autem adhuc in alienis, minime vero de diligentissimo in suis. et *d. L.* 22. §. 3. tantum probat a lata culpa excusare regulariter eandem in suis negligentiam. Durum certe cum qui se diligentem ad communem modum prestitit, si aliquo die paulo solito negligentior, non tamen dissolute fuerit, in lata culpa censeri, deteriorisque esse conditionis, quam si quotidiana ipsi fuisset ea negligentia *L.* 4. *Quod vi aut clam.* Rob. 2. *Rec. Lect.* 7. Iniquum si quis exactissime diligens in suis, leviculum aliquid in re aliena, quod non itidem in sua faceret, admittat vel omittat ex communi hominum affectu, quo quisque se sibi proximum ducit, ut et noster *h. C.* vid. *N.* 14. exinde fraudis præsumptionem contra illum induci. Quin culpa levis frequentior lata. At posito ita jure, ut noster hic vult, crebrior foret lata culpa, aut sæpius in judicium veniret. Semper enim lata esset, quoties ab iis qui ad communem modum diligentes sunt, (hi autem sunt plerique ut docent verba *communem modum*) admitteretur. Quid quod Cujacius et Delrio ut *supra N.* 9. simpliciter quoque et regulariter non consuetam in suis negligentiam culpæ levi adscribunt.

si in suis esset diligentissimus. *d. L. quod Nerva, depos.* Ita levis culpa est dumtaxat hominis in suis rebus negligentis, et parum considerati, qui quod in suis peccat, peccat in alienis, aut alii debitis, cum alius diligens, certe diligentior rem melius et commodius esset administraturus: quam culpam ideo solus is præstat, qui tenetur ex eo contractu, qui et dolum et culpam, id est, levem culpam recipit, describiturque isto modo in §. 1. in fin. *Inst. de obl. quæ ex quas. contr. nasc.* et §. *item is*, *Inst. quib. mod. re cont. obl.* Idque est, quod Ulpianus in *L. mulier*, §. *sed enim*, *D. ad Treb.* levem culpam ita circumlocutione describit, ut vocet consuetam in suis rebus negligentiam. *Sed si*, inquit, *cum distrahere heres deberet, non fecit lata culpa, non levi, et rebus suis consueta negligentia.* Quam prius levem culpam dixerat, ’πεξηγητικῶς, ut apparet, mox vocat rebus suis consuetam negligentiam. Recte negligentiam, ut intelligamus non esse adhibitam diligentiam diligentis patrisfamilias, cui nimirum diligentiæ contraria est negligentia. Consuetam autem in suis rebus dicit, quia si in suis diligentior non idem faceret, non levis culpa hæc esset, sed lata; quam etiam in deposito præstari oporteret: in quo tamen nihil amplius placet præstari, quam dolum. Posterior definitio sumitur ex *L. si putator*, *D. ad. leg. Aquil.* ubi si quod ex dejectione in privatum locum damni contigisset, traditur eo nomine de culpa agi posse: culpam autem esse, cum quod a diligente provideri potuit, non esset provisum. Scimus autem in lege Aquilia contineri culpam levem et levissimam. *L. in lege*, *D. ad leg. aquil.* Unde intelligere licet superiore definitione culpam levem seu levissimam definiri. Sed si levem tantum his verbis intelligi volumus, addendum est, ut dixi, si quod provideri potuit, per imprudentiam non esset provisum; ut scilicet non providere, quod diligens homo provideret in suis rebus, ita demum levis culpa sit, si is qui non providet in alienis, id faciat per imprudentiam; cujus indicium erit, si idem faciat in suis. Hoc ideo, quia jam dixi, si quis in rebus suis quanvis diligentissimus non eamdem diligentiam adhibeat in rebus fidei suæ commissis, latam culpam esse, non levem. *d. L. quod Nerva*, *D. depos.*

XII. De verbo ipso levis culpæ, notandum est in usu juris hanc ipsam solo verbo culpæ absolute posito a veteribus [16] significari; ut cum dicunt contractus quosdam dolum malum dumtaxat recipere: quosdam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatum, commodatum, et reliquos. *L. contractus*, *D. de regul. jur. L. si ut certo*, §. *nunc videndum*, *D. com. L. si cum venderet*, §. *ult. D. de pign. act.* In quo si recte distinguuntur ii contractus, qui culpam recipiunt, ab iis qui recipiunt dolum tantum, necesse est culpæ verbo intelligi culpam solam levem, non etiam latam: quoniam doli verbo prius lata comprehensa est, ut quæ et ipsa habeatur pro dolo, et in qua propterea contractus alii ab aliis non magis distinguantur, quam in dolo, ut paulo post dicetur. Ex quo intelligitur sic culpæ verbum usurpari non tam significatione verbi, quam juris interpretatione. Proprietate verbi etiam lata culpa per se culpa est; est enim species culpæ. *d. L. quidquid*, *C. arb. tut. d. L. mulier*, §. *sed enim*, *D. ad Treb. d. L. tutori*, *C. de neg. gest.* Sed cum juris ratio faciat, ut lata culpa comparetur dolo, eoque et contineatur doli verbo, necesse est ex hac interpretatione cum dolus prius nominatus est, nominatam videri et latam culpam. Unde eveniet, ut si postea distinguatur culpa a dolo, non possit alia intelligi quam levis. Non enim a dolo distinguitur lata culpa, quæ potius dicitur esse dolus; sed distinguitur levis, quæ pro dolo non habetur. Sed et cum duæ tantum sint culpæ, lata et levis; necesse est, cum latam culpam removeris, ut fit cum attribuitur dolo, solam levem relinqui.

XIII. Levis culpæ species duæ sunt, ut re, ita et jure distinctæ. Quædam in faciendo est, quædam in non faciendo. His enim verbis Paulus utitur in *L. si servum*, in pr. *D. de verb. obl.* In faciendo; veluti, si tutor in rebus pupillaribus nova quædam instituat, sedulo quidem, et rei augendæ caussa; sed parum prudenter, ut quibus noceat potius rebus pupillaribus; cum tamen eadem in suis rebus faceret. In non faciendo; veluti, si aquæductus corrumpi patiatur, si servitutem usu interire, si ædificia non præstet sarta tecta, animalia non curet, ut oportet. Prius genus licet proprie factum dicere, ut et

16) Quoties fere sine adjecto ponitur. *L.* 1. §. 35. *Dep. L.* 5. §. 3. *de in lit. jur. L.* 8. §. 3. *de reb. auct. jud. poss. L.* 25. §. 1. *Sol. matrim.* etc. P. Greg. 21. *Synt.* 11. *n.* 4. Decian. *Lib.* 1. *Tr. crim. Ca.* 6. *n.* 22. Delrio *ad L.* 23. *de R. J. C.* 1. *p.* 129. diff. Ræv. *ad d. L.* 23. *p.* 198. *per L.* 16. *L.* 36 *de R. V.*

et nominatur in *L. et quidquid*, 21. juncta *L. de illo*, 23. *D. pro soc.* Posterius quia in omittendo et negligendo est, dicitur usitate desidia et negligentia: nam et hæc duo subjiciuntur culpæ in *L. socius socio*, *D. pro soc.* §. *ult. Inst. de soc.* Licet quidem hæc eadem genera animadvertere in lata culpa, si rem spectemus. Nam dejicere aliquid ex arbore aut e tecto, quo prætereuntem lædas, cum prius non proclamasses, lata culpa est *L. in lege*, *D. ad leg. Falcid.* hæc autem, ut apparet, in faciendo. Non adhibere autem eandem diligentiam rebus depositis servandis, quam tuis adhibeas, etiam latæ culpæ factum esse dicitur. *L. quod Nerva*, *D. depos.* Hoc autem in non faciendo, seu in negligendo. Unde et latam negligentiam etiam legimus, ut *L. tutor qui*, 7. §. *competit*, *D. de admin. tuto.* et pro eodem magnam negligentiam, in *L. magna*, *D. de verb. signif.* Sed et generalis est illa divisio culpæ ad omnem culpam pertinens, qua Paulus quamdam esse dicit in faciendo, quamdam in non faciendo, in *d. L. si servum*, in princ. *de verb. obl.* Verum ideo hac divisione in lata culpa non sum usus, quia de jure latæ culpæ quærentibus est supervacuum. Etsi enim lata culpa re ipsa easdem species habet, jure tamen hæ species eodem loco habentur, et eandem admittunt præstationem in bonæ fidei judiciis. Est enim omnium commune, ut debitor latam culpam suam præstet, non secus ac dolum, sive facto aliquo suo peccarit, sive negligentia. In levi culpa diversum jus est. Nam quibus in contractibus placet levem culpam venire, in harum quibusdam præstatur tantum levis culpa quæ in faciendo est, non etiam negligentia levis, seu consueta in suis rebus negligentia: in quibusdam utrumque.

XIV. In hac divisione culpæ ne nos fallant ii loci in quibus de utroque genere agitur, et de his jus statuitur, operæ pretium est observare morem loquendi veterum, quo illi ad exprimenda hæc genera utuntur: neque enim aperte iisdem verbis hæc designant, quibus ea ante notavimus. Cum ergo significare volunt, utramque illam culpam levem præstari, dicunt venire culpam, venire et diligentiam seu custodiam. Item contractus quosdam culpam recipere, quosdam et diligentiam. Item non solum levem culpam æstimandam, sed et diligentiam exigi. Hæc ordine in his [17] locis, *L. si cum venderet*, §. *ult. D. de pign. act. L. contractus*, vers. *in his*, *D. de regul. jur. L. cum res*, §. *penul. D. de leg.* 1. Dicunt etiam culpam præstandam esse et diligentiam, et interdum addunt, diligentiam quantam in suis rebus, ut in *L.* 1. in princ. *D. de tut. et rat. dist.* In quibus orationibus quatuor digna sunt animadversione, quæ alioqui fugere possunt parum attentos, parum autem in jure exercitatos etiam fallere. Primum notandum, cum dicunt diligentiam exigi, aut præstandam esse, ab his sub una oratione significari aliud, quam verbum exprimat, et negligentiam scilicet diligentiæ contrariam notari. Hoc enim volunt intelligi per contrarium: postquam exigitur diligentia, si hæc non præstatur, admitti culpam huic officio contrariam, quæ sit in non faciendo, seu in negligendo, uno verbo negligentiam, et desidiam: quam et ipsam culpam ut eam quam prius nominaverant, æque præstari volunt; atque hoc sentiunt, æque desidiæ et negligentiæ nomine teneri, ut hoc aliis verbis explicatur in §. *ult. Inst. de societ. L. socius*, *D. pro soc.* Secundo loco animadvertendum, cum prius culpam nominant, et eam distinguunt ab hac negligentia et desidia, quam sub præstatione diligentiæ volunt intelligi: eos culpæ verbo intelligere quidem culpam levem, quæ sola recte distinguitur a dolo; sed culpam dumtaxat, quæ sit in faciendo: quoniam aliter culpæ verbum non recte opponatur negligentiæ, id est, ei culpæ, quæ sit in non faciendo; certe ab ea non recte distinguatur. Nec moveri nos oportet, si quis objiciat culpæ verbum generale esse, et continere omnem culpam tam quæ in non faciendo est, quam quæ in faciendo. *L. si servum*, in princ. *de verb. obligat. d.* §. *ult. Inst. de societ.* Sane enim vi sua verbum generale; sed ex usu loquentium, et juris idem ut generaliter, sic etiam interdum specialiter accipitur: idque semper fit, quoties in divisione, culpæ verbum alteri speciei culpæ opponitur, vel ab ea distinguitur. Neque hoc novum est in usu juris, ut quod verbum per se generale est, si dividatur, in divisione usurpetur iterum, contrahaturque ad speciem ejusdem generis. Exempla sunt usitata et nota in verbis adoptionis, cognatorum, actionis. Nam adoptio nomen generis, dividitur in adoptionem quæ spe-

17) Vulgo aliter, diligentiæ videlicet nomine significari exactissimam, cui contraria levissima culpa, Cujac. 19. *Obs.* 24. Decian. *d. C.* 6. *n.* 24. Delrio *d. C.* 1. *p.* 132.

specialiter ita dicitur, et in arrogationem. *L.* 1. *D. de adopt.* Cognati, quo verbo generaliter significantur omnes sanguine conjuncti, dividuntur in cognatos, qui specialiter ita dicuntur, et agnatos. *L. Jurisconsultus*, §. 1. *D. de grad. et affin.* Actio et ipsa generale verbum omnem petitionem continens, dividitur in actionem quæ proprie ita dicitur, et petitionem, tum persecutionem. *L. pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de verb. sign.* Sic hoc loco cum dicitur præstari debere culpam et diligentiam, id est, per contrarium, hac omissa negligentiam: culpæ verbo alteri speciei opposito intelligere necesse est, culpam quæ non sit in negligendo, sed tantum in faciendo. Tertio observanda est locutio, qua eodem loco dicunt præstandam culpam et diligentiam, ut *d. L.* 1. *de tut. et rat. dist. d. L. in rebus*, *D. de jur. dot.* Nam hic verbum præstare, quoniam ex æquo ad culpam et diligentiam refertur, consentaneum erat, ut eadem significatione ad utrumque referri videretur: idque ita in omni oratione receptum est, quatenus natura rei de qua agitur, pati potest. *L.* 4. §. 1. *D. de vulg. L.* 2. *C. de imp. et al. subst.* At hoc in proposito non ita fit, quia nec potest. Cum enim dicimus præstandam diligentiam, proprie loquimur, et sine figura, atque hoc significamus adhibendam esse diligentiam ad rem servandam. Quod non similiter intelligi potest, cum dicimus culpam esse præstandam: neque enim dicimus culpam esse adhibendam seu admittendam, cum potius id agatur his verbis, ut culpa fugiatur, et admissa coerceatur. Intelligi igitur oportet in his verbis, culpam præstandam, non proprie nos loqui, sed figurate, atque hoc dici, [18] præstandum esse culpæ damnum, μετωνυμικῶς ut sit caussa pro effectu, id quod antecedit pro eo quod sequitur. Nam culpa caussa est damni: hoc autem, non illam præstari volumus, sic tamen ut per illam damnum intelligamus. Postremo et illud in hoc genere orationum observandum, quod dicunt interdum debitorem quibusdam in contractibus præstare debere culpam, et quantam suis rebus solet diligentiam, ut *d. L.* 1. *de tut. et rat. dist. d. L. in rebus*, *D. de jur. dot.* ubi sciendum est culpæ verbo, culpam quæ in faciendo sit intelligi, et eam levem, ut ante ostendimus: diligentiæ autem istius nomine significari culpam quæ in non faciendo sit, sed latam, seu latam negligentiam, non levem. Cum enim non major diligentia ab aliquo exigitur, quam quantam suis rebus præstat; si hanc non præstet, est hæc quidem culpa, sed lata, non levis. *L. quod Nerva*, *D. depos.*

XV. Ad has species cum ventum est, in his consistimus: neque vero plures sunt veteribus cognitæ, quarum quidem aliæ distinguantur jure ab aliis. Hoc sentio; quemadmodum lata culpa unius generis est, ut pariter præstetur in contractibus omnibus bonæ fidei: ita et levem culpam sive in faciendo erit, sive in negligendo, unamquamque in sua specie esse unius modi; ut non sit una alia major aut levior, quam placeat in suo genere magis aut minus, quam aliam præstari. Vulgo tamen statuunt has species, ut quædam sit levis, quædam levior, quædam levissima. Ac ne quis divisionem repudiet, ex jure sumi videtur. Non enim apud veteres legitur tantum culpa levis, ut *d. L. quidquid*, *C. arb. tut. d. L. mulier*, §. *sed enim*, *ad Treb. L. cum res*, §. *pen. de leg.* 1. sed et levissima. *L. in lege*, *D. ad leg. Aquil.* Cumque conveniat inter omnes levem culpam ita recte definiri, cum ea diligentia adhibita non est, quam diligens paterfamilias suis rebus adhibet: *d. L. ea igitur*, *D. de pign. act.* ex eo nimirum et de reliquis per comparationem hujus diligentiæ statuunt: ut sit levior culpa, cum ea diligentia adhibita non est, quam diligente diligentior paterfamilias adhibet suis rebus: levissima, cum non adhibita est ea diligentia, quam suis rebus adhibet homo diligentissimus. Quas et ipsas definitiones ne quis rejiciat, licet observare in scriptis veterum hanc eamdem varietatem diligentiæ, ut interdum dicant diligentiam exigi, qualem diligens paterfamilias adhibet suis rebus: *d. L. ea igitur*, *de pign. act. L. si vendita*, *de per. et com. rei vendit.* interdum qualem diligentissimus. *L. in rebus*, in princ. *D. com. L. si merces*, §. *qui columnam*, *D. loc.* Quo posito quæstionem introduxerunt et sibi et aliis inexplicabilem, quomodo, quave nota distinguamus diligentiorem patremfamilias a diligente, et ab horum utroque diligentissimum. Ad quam explicandam meras nugas adhibuerunt, videlicet ne per somnium quidem visas unquam juris auctoribus. Atque his ut alibi sæpe, et se et discentium ingenia misere discruciarunt. Ego autem illos omni hac mole-

18) Illic adhibenda significatur, hic removenda, Donellus ad *L.* 6. *C. de pig. act. n.* 11. *et seq.* Et præstare culpam est ad culpam teneri, seu stare pro culpa, Hadrian, Cardinal. *de Mod. Lat. loq. p. m.* 136.

testia libero, et ne inanem operam sumamus in iis distinguendis, quæ eadem sunt, ajo levem culpam et levissimam verbis distinctas, re aut certe jure esse easdem veteribus: et quibus in caussis dicitur levis culpa præstanda esse aut in faciendo, aut in non faciendo, in his eodem verbo præstandam esse levissimam quæ sit ejus generis, quod præstandum esse dicitur. Et quod metiuntur levem culpam aut levissimam ex diligentia diligentis patrisfamilias itemque diligentissimi, assentior recte fieri: sed idem ajo et re, et usu juris apud omnes juris auctores diligentem patremfamilias eumdem esse, qui est diligentissimus, et diligentissimum non alium esse, quam diligentem: ut quoties diligentis patrisfamilias sive diligentia, sive custodia exigitur; sciamus exigi diligentiam diligentissimi patrisfamilias: et contra ubi diligentissimi diligentiam exigi legimus, ibi sciamus non aliam accipi debere, quam diligentem diligentiam seu custodiam.

XVI. De culpa levi et levissima, has in usu juris esse eadem, sit hoc argumentum certissimum. Quorum definitiones eædem sunt, ut inter se sunt eadem. Levis culpæ et levissimæ una et eadem definitio est: utraque igitur culpa eadem. Extat in *L. si putatur, D. ad leg. Aquil.* culpæ definitio hujusmodi; ut sit, cum quod a diligente provideri potuit, non esset provisum. Hanc definitionem consentiunt omnes esse levis culpæ, quam æstimamus ex officio et dilgentia patrisfamilia: ut et vulgo recte probant ex *L. ea igitur, D. de pig. act.* Atqui hæc eadem definitio est culpæ levissimæ. Est enim definitio ejus culpæ, quæ vindicatur lege Aquilia. Nam de ea agitur in *d. L. si putator.* In ea autem lege venit et levissima culpa. *L. in lege, D. ad leg. Aquil.* Ita, ut dixi, definitio utriusque culpæ est eadem. Quare et ambæ inter se eædem. Præterea admittimus vulgares definitiones de his culpis; et placet levem culpam ex diligentia diligentis patrisfamilias æstimari, levissimam ex diligentia diligentissimi. At diligens et diligentissimus idem valent juris auctoribus, ut re ipsa iidem sunt. Quod si verum est, necesse est illis etiam auctoribus easdem culpas intelligi levem et levissimam, quæ ipsis finitoribus easdem habent definitiones.

XVII. Diligentem patremfamilias et dilgentissimum re idem significare hæc probant. Diligens paterfamilias est is, qui diligentiam ad res gerendas necessariam adhibet: qui enim aliqua in re non ahdibet, is hactenus diligens non est. Is autem est, quo alius non est diligentior: ac quo alius diligentior non est, is est diligentissimus. Qui ergo diligens est, idem est et diligentissimus. Præterea quam diligentem patremfamilias veteres vocant, eundem vocant et frugi. *L. si vendita, D. de peric. et com. rei vend.* Porro homo frugi veteribus omnia recte facit in rerum privatarum administratione; quod et in proverbium abiit, cujus meminit Cicero *Lib.* 4. *quæst. Tusculan.* Qui autem omnia recte facit, is est omnino, quem possumus diligentissimum dicere. Quare iidem sunt diligens et diligentissimus. Et ne videantur hæc dici subtilius, quam verius præter usum juris auctorum, observemus id quod præcipue hic animadvertendum est, costanter apud veteres in usu juris, cum de culpa in contractibus præstanda agitur, diligentissimum et diligentem pro eodem accipi. Argumenta hæc sunt. Primum tale est. De commodato traditur in *L. in rebus*, in pr. D. com. *in eo talem diligentiam* præstandam esse, *qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet.* Et hoc Cajus. Ulpianus autem in *L.* 5. §. *quod vero*, vers. *custodiam*, *D. eod. tit.* de eo contractu ex professo agens, et quod in eo summum præstari debet, complectens, nihil amplius quam diligentem seu diligentis hominis custodiam exigit, his verbis: *custodiam plane commodatæ rei etiam diligentem commodatarius debet præstare.* Male ergo Ulpianus; aut diligens custodia, et diligentissima idem valent. Secundum argumentum tale. Traditur in *L. si cum venderet*, §. *ult. D. de pig. act.* in actione pigneraticia venire et dolum et culpam, venire et diligentiam, ut in commodato. Idem scriptum est de culpa a venditore præstanda in re vendita in *L.* 3. *D. de per. et com. rei vend.* Quod si hoc fit ut in commodato, eamdem et in commodato diligentiam exigi fatendum est. Atqui et in commodato diligentissimi hominis diligentiam exigi ante diximus. *d. L. in rebus*, in pr. *com.* Quæ sunt contraria, nisi idem valent diligens et diligentissimus. Non sunt autem contraria, et vetamur id admittere. *L.* 2. §. *contrarium*, *C. de vet. jur. enucl.* Quo efficitur diligentis et diligentissimi diligentiam idem valere. Tertium argumentum ab absurdo. Si diligentis et diligentissimi diligentia eadem non sunt veteribus, dicendum erit majorem diligentiam exigi, a conductore in locatione et conductione, quam a commodatario in commodato. Nam in *L. si merces*, §. *pen. D. loc.* scriptum est eum qui co-

columnam transportandam conduxit, in ea re periculum præstare debere, si quod ejus culpa acciderit: culpam autem abesse, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem generaliter de omni conductore in §. *pen. Inst. de loc.* De commodato autem scriptum in *d. L.* 5. §. *quod vero*, vers. *custodiam*, *D. com.* a commodatario ut maximam exigi diligentem custodiam. At hoc non solum falsum, sed etiam dictu absurdum est, majorem diligentiam exigi a conductore in re conducta, ubi utriusque contrahentis utilitas versatur, quam ab eo qui commodatum accepit, in re commodata, ubi versatur solius ejus qui accepit, utilitas. Falsum igitur et id, unde sequitur, nempe aliud esse diligentis hominis, et aliud diligentissimi diligentiam: quod non aliter vitamus, quam si statuamus id quod res est, eumdem esse diligentem et diligentissimum. Postremum argumentum item ab absurdo. Etenim quod distat diligens diligentia a diligentissima, id distat exacta diligentia ab exactissima: sunt enim hæc omnia eorumdem graduum comparationis. Jam vero de negotiorum administratione scriptum est in §. 1. in fin. *Inst. de obl. quæ qua. ex cont. nasc.* in ea ab eo qui negotia gerenda suscepit, exigi exactissimam diligentiam. De commodato autem in §. *item is*, *Inst. quib. mo. re cont. obl.* exigi in eo a commodatario diligentiam exactam. Quæ si ita differunt, ut plus sit in exactissima diligentia, quam in exacta; nempe hoc constituitur majorem diligentiam ab eo exigendam, qui negotia aliena administrat, quam ab eo qui commodato rem accipit. Hoc autem non falsum tantum; sed etiam absurdum: cum aliena negotia quisque suscipiat alterius caussa; qui autem commodatum accipit, accipiat sua. Falsum igitur hæc differre: ac proinde eadem esse verum est. Quod si eadem est exacta diligentia et exactissima et exacta est diligentis, exactissima diligentissimi: conficitur non aliam esse diligentiam diligentis patrisfamilias, quam diligentissimi, nec diligentissimi aliam quam diligentis. Quare si levis culpa et levissima jure eædem habentur, si diligens et diligentissimus paterfamilias et re et usu juris certo iidem sunt, atque ex horum officio et diligentia æstimantur culpa levis et levissima: fatendum est, quod proposuimus, quæcunque species levis culpæ erunt, id est, sive sit culpa in faciendo, sive in negligendo et omittendo, utrobique culpam levem eamdem esse, quæ et levissima est, et unius verbo utramque intelligi, ut pariter sit præstanda. Itaque recte dici potest, siquidem conferuntur hæc genera inter se, unam culpam esse alia graviorem, aut leviorem. Ut, si conferatur lata culpa cum levi, illa gravior est sine dubio, et hæc cum illa comparata, levior. Sic et in levi culpa si conferatur ea quæ in faciendo est, cum ea quæ est in non faciendo, seu negligendo, prior major est, posterior levior: quam etiam ob caussam prior præstatur semper in iis contractibus qui culpam recipiunt: posterior non semper ut postea dicetur. Quod si singulæ culpæ spectentur ipsæ per se, singulæ ut proposui, in suo genere sunt unius modi, atque in eo habentur eodem jure: ut quemadmodum in lata culpa non est una lata, alia latior, alia latissima, quæ quidem sint dispari jure inter se: sic in levi, sive ea in facto est, sive in negligentia, non est alia levis, alia levior, alia levissima, quarum una magis præstetur, quam altera: sed omnes idem valent, ut aut pariter præstentur omnes, aut pariter non præstentur.

XVIII. Unum genus culpæ excipio, quæ in non faciendo et omittendo est; si quis puta, dum ex incendio aut naufragio servare potest aut solum res suas, aut solum res debitas quas eodem loco habuit, suas prætulit. Hic culpa statuitur a veteribus præter cæteras levissima, cujus ratio in cæteris omnibus contractibus non habetur: placet autem in commodato [19] præstari: de quo etiam dicetur postea.

XIX. Generibus culpæ cognitis, superest quod erat propositum, ut de jure singulorum cognoscamus, quid earum videlicet in unoquoque contractu sit præstandum: id est cujus culpæ nomine debitor teneatur, aut non teneatur: ut si tenetur, non liberetur, quanvis res debita sine dolo malo ejus perierit, aut deterior facta sit: si non tenetur, liberetur: quo de genere liberationis nunc agitur. In quo ut genera culpæ a nobis propo-

19) At si præcedentes rationes firme, nullo plane casu, admitti debuit. Quare a vulgari sententia non recedo, ita tamen ut non hanc speciem diversam a levi constituam, sed qualitatem et gradum. Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Cap.* 1. *p.* 119. *et seq.* Lublerus *de Incendio C.* 4. *n.* 33. *et seqq.* Petr. Fab. *ad. L.* 23. *de R. I. pag.* 138 *et seqq.* adde citatos *supra N.* 6. ibi *tres autem gradus*, *etc.* Nam ut alia mittam, hanc culpam eximie probat *L.* 3. §. 1. *Nautæ caup. stab.* Ibi namque dicitur non teneri casu fatali, et tamen teneri, si res sine culpa periit. Potest igitur res perire extra casum fatalem, et tamen sine culpa. Proinde quiddam medium erit inter culpam absolute sic dictam, scilicet levem et casum fortuitum. Quod nihil esse potest nisi culpa levissima, quæ quia ad casum fortuitum proxime accedit, æque culpæ nomine simpliciter posito non continetur atque lata quæ proxime fraudem attingit.

posita sunt, de his ordine dicemus: primum de lata, deinde de levi. De lata culpa præstanda certi juris definitio est itidem ut de dolo, in omnibus contractibus ut dolus venit, sic cum dolo latam culpam præstandam sine ulla exceptione. Idque adeo verum est, ut quanvis lege aut edicto nominatim adversus dolum tantum constituta sit actio: tamen constanter constituerint veteres etiam hic [20] latam culpam contineri; eoque præstandam esse. Sic dicitur depositum dolum tantum recipere, in deposito dolum tantum venire. *L. contractus*, *D. de reg. jur. L.* 1. §. *ult. D. depos.* Sed non dubitant in eo venire et latam culpam. *L.* 1. *C. depos.* Idemque de agrimensoris opera, deque precario traditum legimus in *L.* 1. §. 1. *D. si mens. fal. mod. dix. L. quæsitum*, §. *cum quoque*, *D. de prec.* Neque hæc contraria sunt, dolum solum venire, et nihilominus latam culpam præstari: quoniam et lata culpa dolus est, *L. quod Nerva*, *D. depos. L. magna*, *D. de verb. sign.* aut quod idem est, sic interpretatione juris comparatur dolo, ut pro dolo habeatur. *d. L.* 1. §. 1. *si mens. fals. d. L. quæsitum*, §. *eum quoque de pœn. L.* 1. §. 1. *D. si is qui test. lib. esse jus. erit.* Qua ratione non hic tantum, cum de dolo et culpa in contractu præstanda agitur, sed generaliter definiemus, ubicunque legimus legem dolum tantum coercere, culpam non item; doli verbo etiam latam culpam accipi debere; culpæ autem, quoniam a dolo, et per dolum a lata culpa distinguitur, non aliam culpam debere accipi, quam levem. Ut puta, traditur in *L.* 5. versic. *sed in his*, in quibus actionibus juratur in litem, in his omnibus ob dolum solum in litem jurari, non etiam culpam. Id sic accipiemus, ut jurari possit ob dolum et latam culpam ejus cum quo agitur; veluti, si tutor homo in suis diligens res pupillares perire passus sit non consueta in suis negligentia, idque ita declaratur in *L.* 2. *C. de in lit. jur.* Itaque quod subjicitur, jusjurandum hoc non etiam ob culpam deferri, sic accipi necesse erit, ob culpam levem: ut et culpæ verbum in usu juris constanter accipitur, quoties distinguitur a dolo, ut supra ostendimus. Indicat *L. contractus*, *D. de reg. jur. L.* 5. §. *nunc videndum*, *D. com.* similiter et illud quod legitur in §. *suspectus autem remotus*, *Inst.* de susp. tut. *Suspectus* tutor *remotus*, *si quidem ob dolum*, *famosus est*: *si ob culpam*, *non æque*: sic interpretandum est, ut famosus sit et qui remotus est ob [21] latam culpam, quoniam et hæc dolus est: non etiam ob culpam, id est levem, quæ doli verbo non continetur. Hoc enim est, quod aliis verbis explicatur in *L. ult. C. de susp. tuto.* suspectos tutores ex dolo, non etiam eos qui ob negligentiam remoti sunt, infames fieri. Ubi negligentia usitato more loquendi veterum accipienda est negligentia qua tutores etiam in rebus suis utuntur, et secundum quam dicuntur homines negligentes. §. *ult. Inst. de societ.* id est consueta in suis rebus negligentia, quæ est culpa levis. *L. mulier*, §. *sed enim D. ad Treb.* suspectos autem tutores etiam ob hanc segnitiem postulari constat. *L. in postulandis*, *C. de susp. tuto.*

XX. Sed hoc tamdiu retinendum erit, quoad non aperte constabit, legem quæ de dolo loquitur, aliud sensisse. Quod si constabit, sententia legis sequenda est, neque lata culpa doli verbo continebitur. Hinc est videlicet, quod Paulus scribit in *L. in lege*, *D. ad leg. Cor. de sic.* in lege Cornelia dolum pro facto accipi: nec in hac lege latam culpam [22] pro dolo accipi. Hoc ille ideo, non quia in ea lege agatur de crimine vindicando solum: sed quia lex Cornelia ita scripta est, ut ex verbis appareat ea lege coerceri tantum eum, qui hominem occiderit dedita opera, seu eo animo ut occideret. Sic enim verba sunt inter cætera: *quive hominis occidendi caussa cum telo ambulaverit*, *qui-*

20) Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Cap.* 5. *p.* 144. Et quod dispositio de dolo loquens per dictiones taxativas non excludat latam culpam probat Decian. *Lib.* 1. *Ca.* 6. *n.* 15. *ex L.* 2. ibi *neque dolus neque lata culpa* junct. *L.* 4. ibi *ita demum si dolo etc. C. de in lit. jur.*

21) Consentiunt Duar. *de in Lit. jur. n.* 55. *et ad tit. D. de. susp. tut. cir. fin.* Baro *ad tit. I. de susp.* Cujac. *ad L.* 213. *de V. S. et* 7. *Obs.* 8. Decian. *Lib.* 1. *Tr. crim. Cap.* 6. *n.* 22. Delrio *ad L.* 23. *de R. I. Ca.* 1. *p.* 124. Quod ultra alios confirmo ex *L. ult. Ubi pupill. educ.* ibi: *dignus tali nota.* Et ex *L.* 42. *de V. S.* ubi tutelæ damnari dicitur civiliter probrum. Ergo infamat, et negatur natura probrum, quia possit in hominem idoneum incidere. Dolus autem certe in idoneum non cadit (etsi aliter noster exponat vid. *Infra Lib.* 18. *C.* 8.) Et quia infamia ex ignorantia juris irrogari potest *L.* 10. §. 6. *de his qui not. inf.* quidni et ex lata culpa? Non obstat *L.* 3. §. *ult. de susp. tut.* Nam ibi signities significat desidiam, id est levem culpam. Diss. Vves. *in par. de susp. n.* 8. Govean. *ad L.* 41. *ad L. Falc. n.* 5. Bron. 3. *Ass.* 9. Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 25. *Princ.* 2. excipiens casum *L. ult. C. Arb. tut.* quo negligens in conscribendo inventario tutor, ob præsumptum dolum. Atqui præsumptio doli et in aliis casibus ut supra. Marc. Lycklama 6. *Membran.* 14. Infamem fieri vult si lata culpa ex ignorantia juris, secus si ex ignorantia facti.

22) Atqui recte tradunt, hanc interpretationem et fictionem doli in delictis cessare, Gail. 2. *Obs.* 10. *n.* 2. Govean. *in L.* 41. §. 1. *ad L. Falc. n.* 4. Curt. 2. *Conject. ad Fr.* 28. (ubi refellit Zasium, qui contra sentit 1. *Sing. Intell.* 2.) et probat Delrio *ad L.* 23. *de R. I. C.* 1. *p.* 123. ex *L.* 3. *et seqq. de serv. corr. L.* 50. §. *ult. de furt.* maxime si pœna capitis infligenda, ubi vera malitia requiritur ac, verba proprie ac naturaliter, non ficte et civiliter accipiuntur, Valent. Volt. *Comm. ad L. Corn. de sic. Cap.* 3. *n.* 3 ut et si statuto pœna simpliciter delicto definita sit, sic intelligatur si dolose admissum, Gail. *d. lo. n.* 3. Volt. *d. Cap.* 3. *n.* 6. Ac nec exceptio statuenda in re mali exempli ceu vulgo volunt, per *L.* 38. §. 8. *de pœn.* ut scite ostendit, solerter *d.* §. explicans Petr. Theodoric. *Disp. crim.* 7. *Th.* 7. *lit. d.*

quive cum magistratus esset, publicove judicio præesset, operam dederit, quo quis innocens conveniretur, condemnaretur; prætere a qui hominis necandi caussa venenum confecerit, dederit, et reliqua in eamdem sententiam. *L.* I. in pr. et §. I. *ad leg. Corn. de sic.* Quibus verbis manifestum est exigi animum occidendi, et datam ad eam rem operam. Qui affectus et consilium non cadit in latam culpam, sive eum proponas qui aliquid temere dejecit in locum publicum; sive eum, qui alienas res negligat alioqui in suis diligens: quas species et notas latæ culpæ esse diximus. Et quod legitur in *d. L.* I. in prin. *ad leg. Corn. de sic.* Simpliciter eum teneri, qui hominem occiderit: intelligendum est in eo deesse hæc verba, dolo malo. Quæ in lege fuisse et Paulus satis indicat in *d. L. in lege.* Ubi ait dolum in ea lege pro facto accipi: et apertius rescriptum Hadriani in *L.* I. §. *Divus, eod. tit.* quo scriptum est, eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse. Et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum.

XXI. De levi culpa præstanda hæc juris summa est. Non omnes contractus culpam levem itidem recipiunt, ut latam. Quidam dolum tantum recipiunt, et cum eo latam culpam: quidam et dolum et culpam, intellige levem. Qui levem culpam recipiunt, non recipiunt omnem, neque uno modo. Quidam recipiunt levem dumtaxat, quæ in faciendo sit, non etiam quæ in non faciendo, et negligendo: quidam utramque. Atque hi etiam ipsi, qui utramque recipiunt, non sunt in eadem caussa. Nam cum in omnibus una sit definitio communis, una in re est in commodato, quod præter cæteros præsteretur amplius, quæ eodem ordine nobis pluribus cognoscenda sunt.

XXII. Non ergo, ut cœpi dicere, omnes contractus bonæ fidei una cum dolo et lata culpa etiam recipiunt levem culpam. Quidam dolum tantum recipiunt, ut est in *L. contractus, D. de reg. jur.* Id est, tales sunt, ut si quid perierit, deperditumve sit in re debita; teneatur debitor, si dolo ejus contigerit: sin aliter, liberetur. Hujus generis contractuum species duæ sunt. Nam quidam dolum tantum recipiunt jure communi: quidam proprio et singulari jure. Jure communi ii, in quibus solius dantis ejusdemque creditoris utilitas versatur, nulla debitoris *L.* I. §. *nunc videndum, D. com.* Hi sunt, in quibus debitor officii debitor est, quod ejus cum quo contraxit, caussa suscepit. Hujus generis est depositum; quod constat suscipi deponentis caussa, non ejus qui accipit. Ideo et depositum placet dolum solum recipere, seu in deposito dolum solum venire, ut præstetur. *L. contractus, D. de regu. jur. d. L.* 5. §. *nunc videndum, commod. L.* I. §. *ult. D. depos.* Hujus generis et commodatum interdum, si proponas, eum qui commodato dat, sua caussa commodare. Veluti, si sponsus sponsæ, vel cognatus cognato pauperi vestes aut alia ornamenta commodaverit, quo honestius culti ad se deducerentur: aut si qua sunt alia commodata, in quibus qui commodavit honoris sui, vel oblectationis rationem habuit: qualia commemorantur in *L.* 5. §. *interdum, D. commod.* ubi et ob suprascriptam caussam placet eum, qui commodato accepit, dolum solum in re commodata præstare. In hoc genere dixi dolum tantum præstari jure communi, quia efficitur ratione æquitatis communi ad omnes contractus pertinente, quam tradit Africanus in *L. si servus* §. *quod vero*, in fin. *D. de furt.* æquum esse videlicet, nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi caussa susceperit, damnosum esse. Non est damnosum, si officio suscepto, quantum scit, et potest, tantum præstat: hoc enim initio sibi præscripsit, dum officium suscipit, ut bonam fidem in suscepto præstaret. Ideo et hæc fides ab eo exigitur. *L. quod Nerva, D. depos.* Ita fit officium suscipienti damnosum, si in eo cogitur amplius quid præstare, quam fit et potest. Cogitur autem si præterquam quod sciens prudens omiserit, id est, dolo aut lata culpa peccarit, teneatur.

XXIII. Non est tamen hoc jus perpetuum. Possunt enim justæ caussæ intervenire, quæ superiorem æquitatem mutent, efficiantque, ut officii debitor etiam culpam levem in eo officio debeat præstare. Quod cum accidit, placet etiam debere eam culpam in hoc genere præstari. Justæ autem caussæ hæ sunt: si actum sit, ut periculum culpæ præstaret; aut si ei officio se obtulerit non rogatus; aut si erit officium muneris publici, quod ad alienam injuriam conferri non debet. Hinc quinque contractus excepti, qui cum sint gratuiti officii dumtaxat, nihilominus et dolum, et culpam levem recipiunt; depositum interdum; negotia gesta; mandatum; tutela; cura.

XXIV. In deposito etiam levem culpam depositarius præstat, si convenerit initio, ut præstaret. *L.* I. §. *si convenit, D. depos.* Sed hoc cum omnibus contractibus commune,

ne, ut quod de culpa aut casu fortuito convenerit, id servetur. *d.* §. *si convenerit*, *L. contractus*, *D. de regul. jur.* Idem placuit, si depositarius se deposito obtulerit. Neque id alia de caussa, quam quod qui se obtulit, se periculo depositi illigasse videtur. *d. L.* 1. §. *sæpe depos.* Et recte. Is enim intelligitur se deposito obtulisse, qui cum dominus apud hunc rem depositam nollet, sed aut secum ferre vellet peregre profecturus, aut vellet alio in loco relinquere, apud dominum ultro intervenit et hortatus est eum, ne secum ferret, aut ne in illo loco parum tuto relinqueret, sed deponeret potius apud se, ubi tuto posset asservari. Idem est, si cum dominus apud aliquem vellet deponere, exstitit aliquis per caussam officii, qui peteret a domino, ut potius apud se deponeret, ubi res esset tutiore loco. Quæ qui facit, satis declarat se periculum custodiæ in se suscipere, qui id agit, ut rem a pupillo vel itineris, vel alterius loci ad tutam custodiam suam transferat. In negotiis alienis gerendis etiam officium suscipi absentis caussa, non ejus qui gerit, satis constat. In his tamen placet eum qui gerenda suscepit, non tantum dolum, sed et culpam præstare debere. *L. si negotia*, *D. de negot. gest.* Scilicet quia et hic se offert his negotiis gerendis: quo facto et is se periculo subjicere intelligitur, ut de eo qui se deposito obtulit, ante diximus. Sed et culpam a negotiorum gestore præstari eo est æquius, quod absentis nec consentientis negotia gerenda suscipit. Periculose constituitur adversus dominos absentes, si liberum est unicuique absentis negotia suscipere, ut cum per imperitiam gerentis deperdita erant, sit impune. Sed et hoc adversus eum qui suscepit, statui æquissimum est, etiam si sedulo, quam maxima potuit fide, res gesserit. Semper enim illi objicietur, quod regula juris traditur, hoc ipsum culpam esse, quod immiscuerit se rei ad se non pertinenti. *L. culpa*, *D. de regul. jur.* Culpa, non si recte gesturus esset, cum liceat omni jure alterius conditionem meliorem facere: *L. solvendo*, *D. de negot. gest.* sed si recte gesturus non fuerit, ut hic accidit. At quæ hæc culpa, quæret aliquis? Illa, quam egregie descripsit Cajus in *L. idem*, 8. *D. ad leg. Aquil.* quod non debuit *affectare id, in quo intelligit, aut intelligere debet imperitiam vel infirmitatem suam alii periculosam futuram.* Sane si quis ad negotia absentis deserta ab aliis et alioqui peritura accessit; placuit eum in ea administratione ad regulam communem pertinere eorum, quo officium aliena caussa susceperunt, vel dolum tantum præstet similis depositario: veluti, si cum futurum esset, ut absentis bona distraherentur, quia non defendebatur, exstiterit aliquis qui absentis defensionem susciperet, et per hanc occasionem rerum absentis administrationem. *L.* 3. §. *si executor*, vers. *interdum*, *D. de neg. gest.* Obtulit quidem hic se alienis negotiis: sed non ideo eum se periculo subjecisse ex eo apparet, quod necessitate rei gerendæ coactus accessit, non sua voluntate. Nec debet queri dominus sua negotia non satis perite, aut diligenter tractata esse, licet sedulo. Satius enim fuit concedi cuivis aliquid opis adferre conari perituris alioqui negotiis, quam pati omnino ea perire. Mandatum suscipere atque exsequi et ipsum officii est, ejusdem gratuiti. *L.* 1. §. *ult. D. mand.* Dicitur tamen mandatum recipere et dolum et culpam levem, *L. contractus*, *D. de reg. jur.* et ut alibi explicatius traditur, placet a *procuratore* in re mandata *dolum et omnem culpam non etiam casum fortuitum præstandum esse.* L. a procuratore. *L. in re mandata, C. mand.* Hoc ideo, quia idipsum in se suscipere intelligitur, qui mandatum suscipit. Videndum est enim, quid hic geratur. Nempe unus est qui mandat, alter qui mandatum suscipit. Quid mandare? Est committere negotium aliquod alteri gerendum. Non geritur autem nisi industria et diligentia ad rem gerendam necessaria. Quare qui gerendum suscipit, hanc ipsam industriam et diligentiam in se futuram recipere videtur. Cui sententiæ scio multa adversari variis ex locis. Sed cum res pertineret ad præstationem mandati, et singularem ac proprium tractatum desiderare videretur, ideo hanc partem exposui diligentius in eo genere obligationis sub Titu. *In mandato quæ sint inter mandatorem et procuratorem mutuæ præstationes.* Unde assumere licebit, si quid ad hunc locum facere videbitur. Tutela idem officium continet. Suscipitur enim pupilli caussa, non tutoris. Tamen et hæc dolum et culpam recipit, *d. L. contractus*, *de regul. jur.* et alibi apertius idem explicatur: placet tutorem in tota administratione tutelæ, non solum dolum suum et latam culpam, sed et levem præstare debere. *L. quidquid*, *C. arb. tut.* *L.* 1. in pr. *de tut. et rat. dist.* Id favor pupillorum, et muneris constitui pro his publici ratio suasit. Etsi enim tutela munus publicum est, quod tutor invitus subire cogitur. *Institut. de exc. tut.* in pr. *L.* 1. *D. de adm. tut.* ut videatur tutor in officio alterius caussa

su-

suscepto tanto majore excusatione dignus: tamen cum dentur tutores pupillis invitis quo ipsis consulatur: decet sic dari, ne tutelæ beneficium ad injuriam miseræ ætatis convertatur: quod ita fieret, si liceret tutori imprudenti aut imperito quidvis facere et instituere in rebus pupillaribus impune. Ideo placet eum hujus quoque facti et culpæ nomine teneri. Cura adolescentum ejusdem officii et utilitatis munus est. *Instit. de exc. tut.* in princip. Unde et easdem culpæ præstationes recipit. *d. L. quidquid , C. de adm. tut.*

XXV. His de superiore genere ob justas supra scriptas caussas exceptis, manebimus in regula communi, ut quoties creditoris solius in contractu aut quasi contractu utilitas versatur, seu quoties debitor est officii debitor, si nihil aliud aperte suadeat, debitor nihil amplius præstet in eo officio quam dolum: et hoc, ut dixi, jure communi. Jure proprio dolum tantum recipiunt contractus duo, agrimensoris opera, et precarium: quorum de priore traditur in *L.* 1. *§.* 1. *D. si mens. fals. mod. dixer.* de posteriore in *L. contractus , de reg. jur.* et *L. quæsitum*, *§. eum quoque*, *D. de prec.* Hæc præter regulam cæterorum contractuum, et rationem communis juris, eoque peculiari quodam jure, ut proposui. Nam in quibus contractibus utriusque contrahentis utilitas versatur, in his præstatur a debitore et dolus et culpa: ut in emptione, venditione, pignore, et similibus: multoque magis si solius debitoris utilitas in eo versetur, ut in commodato: de quo paulo post plura. *L.* 5. *§. nunc videndum*, *D. com. d.. L. contractus*, *D. de regul. jur.* At ex priore genere est opera agrimensoris, nam is pro opera mercedem accipit, etsi non ut mercedem, sed ut honorarium. *L.* 1. in pr. et *§.* 1. *D. si mens. fals. mod. dix.* Ex posteriore est precarium. Quod totum comparatum est ad utilitatem ejus qui accipit similiter ut commodatum. 1. *L. L.* 2. *D. de precar.* Ita conveniebat superiori regulæ, ut in his quoque culpa præstaretur: Sed non placuit singulari ratione. Excipiendi agrimensoris rationem hanc reddit Ulpianus in *d. L.* 1. *§.* 1. *D. si mens. fals. mod. dix. Visum est enim*, inquit, *satis abundeque coerceri mensorem , si dolus malus solus conveniatur ejus hominis qui civiliter obligatus non est.* Hoc sentit: priusquam adversus mensorem proposita esset actio edicto prætoris, nulla erat adversus eum actio, civiliter enim non tenebatur. Visum est tamen prætori introducere. Hanc ille novam inducens, putavit quam mitissime possit, sibi esse inducendam. Idque etiam fieri publice interfuit. Est enim agrimensorum opera publice utilis civibus. Nulli autem facile hanc operam suscipient, si intelligent a se in hoc officio amplius exigi, quam ut præstent quod scient poteruntque. De precario hæc ratio redditur ab eodem Ulpiano in *d. L. quæsitum*, *§. eum quoque*, *de prec.* ideo eum qui precarium rogavit, dolum solum præstare aliter atque eum qui commodatum suscepit; quia precarium totum ex liberalitate descendat ejus, qui precario concessit. Totum dixit, ut intelligatur non tantum id quod initio fuit, sed et quod relinquitur et perseverat postea. Per omne id tempus proficiscitur precarium a liberalitate; quia ut initio liberum fuit non concedere: ita concessum liberum est revocare ei qui dedit, cum volet, sive id tempestive faciat, sive intempestive. *d. L.* 1. *leg.* 2. *de prec.* Hac vero ratione recte defendit Ulpianus, culpam levem non præstari debere ab eo, qui precarium accepit. Nam si is qui dedit, revocare potest, cum vult, est in ejus potestate omnibus temporibus videre et statuere apud se, quid probet, aut improbet in eo, qui accepit, et si quid non modo non probet, sed etiam suspectum habeat, precarium revocare. Quod si non fecit, nihil aliud dici potest, quam eum non improbare possessorem, et contentum esse ejus diligentia et captu. Non idem dici potest de commodato. Est id quidem origine a liberalitate et beneficio: nam et hoc ab initio liberum est non dare. Sed semel datum [23] desinit liberalitatis esse, ac transit in necessitatem obligationis. Nam commodare est utendum dare certo præscripto utendi fine aut modo. Hunc cum semel initio præscripsit, qui dedit, adversus eum commodatum revocare non potest. *L. in commodato*, *§. sicut*, *D. com.* Interim in re a beneficio profecta id tempus commodanti nocere iniquum est: æquum igitur quidquid culpa commodatarii acciderit, quod commodator silentio suo non probavit, id a commodatario præstari, cujus utilitas solius in eo negotio versatur. Quæ si recte dicuntur, sunt in summa ex universo genere contractuum bonæ fidei et similium contra-

23) Et ne desinat esse liberalitas nullo tempore custodia gravari debet, cum sint contraria liberalitatem percipere et ad custodiam teneri, Hopper. *Lib.* 1. *πιθανῶν Tit. de Commodato.*

ctus quatuor, in quibus dolus tantum præstetur, non culpa levis; depositum cui quis se non obtulit; commodatum aperte constitutum commodantis caussa; mensoris opera; et precarium. Illud in his meminisse semper oportebit, cum dicimus hos contractus recipere dolum dumtaxat, id ita accipi debere, ut ubique nihilominus lata culpa sit præstanda: sententiis, ut supra dixi, optime inter se consentientibus, quia et lata culpa dolus sit. *L. 1. C. depos. L. quod Nerva. D. eod. L. 1. §. 1. si mens. fal. mod. dix. L. quæsitum*, §. *eum quoque. de prec.*

XXVI. Sunt, ut dixi, contractus, qui et dolum, et culpam recipiant: culpam, inquam, levem, ut aliquoties dixi accipi, cum a dolo, et per dolum a lata culpa distinguitur. *d. L. contractus*, *de reg. jur.* Hi ut intelligatur, qui sint, non enumeratione singulorum contractuum, sed generali definitione tantum opus est, quæ ex superioribus quatuor contractibus sua sponte intelligitur. Nam si hi sunt, tantum, in quibus dolus dumtaxat præstetur: nempe hoc restat, ut reliqui omnes recipiant dolum et culpam, et quod idem est, ut debitor in his et doli, et culpæ levis nomine teneatur. Id autem etiam propositis contractuum generibus fiet hoc modo certius. Tres sunt ordines contractuum. Aut enim in his solius creditoris utilitas versatur, ut in deposito, et in rerum alienarum administratione: aut contra solius debitoris, ut in commodato, precario: aut in commune utriusque ex contrahentibus, ut in emptione venditione, locatione conductione, societate, dote pignore, rerum communione. Quæ species indicantur in *L. contractus*, *de reg. jur.* In primo ordine dolum et culpam recipiunt quinque illi quos a communi regula ejus generis exceptos supra diximus, depositum cui quis se obtulit, negotia gesta, mandatum, tutela, cura. Et hi recensentur in hoc numero in *d. L. contractus*, *de reg. jur.* Ex secundo ordine culpam recipit solum commodatum, non etiam precarium. *d. L. contractus.* Tertii ordinis contractus omnes recipiunt et dolum et culpam, una excepta opera mensoris. In quo apparet, quod supra dixi, omnes sine exceptione recipere utrumque, si ab his excipiantur illi quatuor quos solos diximus dolum tantum recipere.

XXVII. Sed hi ipsi quos dicimus dolum et culpam levem recipere, non omnes omnem culpam levem recipiunt, neque uno modo: ex quo hæc pars in varias difficultates incidit. Dixi levem culpam duplicem esse: quamdam in faciendo, ubi quid facias quo damni caussam des: quamdam in non faciendo, ubi omissis necessariis ad custodiam et conservationem rebus, res aut pareat aut deterior fiat. Hic ea distinctio locum habet. Qui contractus levem culpam recipiunt, ex his quidam recipiunt eam tantum, quæ in faciendo est, non etiam quæ est in omittendo, negligendove: quidam utramque. In illis ut teneatur debitor, dumtaxat si quid fecerit, quo noceret, non etiam si quid negligentia et socordia sua perire aut corrumpi passus sit: in his autem ut præstet utrumque, et factum et quanvis negligentiam. Qui utramque culpam recipiant, multi et varii, eoque incertiores. Qui priorem tantum, pauci et certi. Qui cum ideo facilius statui et cognosci possint, hos sumamus, quibus cognitis, etiam qui sint illi qui utramque culpam recipiant, eadem opera assequemur. Qui contractus levem culpam recipiant eam tantum, quæ in faciendo sit, non quæ in negligendo, hi ex universo genere eorum, quos levem culpam recipere diximus, in summa sunt quinque, societas, dos, tutela, cura, rerum communio. De quibus ideo in hac re major difficultas est, quod in *L. contractus*, *D. de reg. jur.* et *L.* 5. §. *nunc videndum*, et deinceps, *D. comm.* quibus in locis de culpa in contractibus præstanda ex professo agi videtur, nihil hic distinguitur, sed de omnibus contractibus qui culpam recipiunt una hæc communis definitio est, omnes culpam et eam levem recipere. Sed quod illic et similibus locis dictum est generaliter, id in aliis qui de unaquaque superiore specie sigillatim scripti sunt, ita explicatur, ut constet in iis eam juris distinctionem probatam esse, quam posuimus.

XXVIII. Societas dicitur culpam recipere in *d. L. contractus, D. de reg. jur.* ubi cum culpa distinguatur a dolo, jam sæpe monui non aliam intelligi posse quam levem. Et tamen in § *ult. Inst. de societ.* diserte scriptum est, socium non majorem diligentiam adhibere debere rebus communibus, quam suis rebus solet: hac autem non adhibita, hujus negligentiæ, id est culpæ quæ in non faciendo sit, nomine ita eum teneri, ut non majorem præstet. Atqui non eamdem diligentiam adhibere alienis rebus fidei tuæ commissis culpa est lata, non levis. *L. quod Nerva, D. depos.* Ita quem prius dicebamus præstare debere socio culpam levem, eum nunc non nisi culpam latam præstare debere dicimus. Quæ si de eadem culpa dicuntur, apparet esse contraria. Quomodo igitur hæc explicamus? Dici hæc nimirum de diver-

ver-

versis culpis, non de una et eadem: ac quod dicitur socium socio negligentiæ nomine non teneri nisi latæ, perspicuum est dici quidem de culpa, sed de ea quæ sit in non faciendo, ubi scilicet non fecit, quod eum pro diligentia debita præstare oportebat. Quod autem dicitur eum culpam levem præstare debere, sane verum esse; sed dictum accipiendum de culpa quæ si recte a negligentia distinguitur ea sit culpa, quæ sit in faciendo, ubi facto aliquo suo societati nocuit: quam quidem culpam omnem quanvis levem, atque adeo levissimam socius socio jure societatis præstabit. Idque ita declaratur in *L. de illo*, in pr. *D. de soc.* In hac specie. Socius admisit in societatem inconsultis sociis exterum quemdam. Is exterus admittenti soli socius est, cæteris socius non est. Sed tamen admissus tractavit res communes totius societatis, et damnum intulit societati, sive dolo sive imperitia, idque invito aut ignorante eo qui admisit. Negari non potest culpa admittentis factum esse, ut id damnum contingeret. Culpa tamen levi peccatum hic ab eo, non lata. Apparet ex eo, quod eadem imperitia peccavit in rebus suis, qui exterum admittens in res societatis communes, simul etiam admisit in suas. Quæ levis culpa esse dicitur in *L. mulier*, §. *quid enim*, *D. ad Treb.* Quæritur igitur, utrum in hac culpa sufficiat socium actionem tantum mandare sociis, ut si facere ille exterus non possit, nihil socius ultra sociis præstet: an vero indemnes eos præstare debeat. Et ait Ulpianus putare se omnimodo eum teneri ejus nomine, quem ipse solus admisit: quia difficile est, inquit, negare culpa ipsius admissum. Ergo hoc dicit Ulpianus, socium in hac specie culpæ nomine quam admisit, sociis teneri, et simul culpæ levis: quia hic non alia admissa est. Sed culpam dicit, ut apparet, quæ sit in faciendo, qua scilicet socius exterum admisit in societatem: quo admisso damni omnis quod ab illo datum est, facto suo caussam præbuit. Dicitur et dos similiter culpam recipere, et eam levem in *d. L. contractus, D. de reg. jur.* et si alibi nihil distinguitur, generali verbo omnem levem culpam contineri recte dixeris. Sed hoc sic explicat Paulus in *L. in rebus*, *D. de jur. dot.* ut in rebus dotalibus vir præstare debeat tam dolum, quam culpam; quia sua caussa dotem accipit, sed diligentiam eam, quam in suis rebus exhibet. Quibus verbis posterioribus significatur, nisi ea diligentia adhibita sit, mariti culpam esse quæ sit in non faciendo, seu in negligendo: quam eamdem in hac negligentia solam præstet. Ea autem est, ut dixi, culpa lata, non levis. *d. L. quod Nerva*, *depos.* Ita iisdem verbis ostendit Paulus culpam quæ in negligendo sit, solam præstari a marito latam, non levem. Sed idem prius culpam nominans, eamque ab ista diligentia, et per diligentiam a culpa quæ sit in negligendo distinguens, satis declarat se prius culpam intelligere, quæ sit in faciendo: de qua cum nihil distinguat, etiam hanc omnem quanvis levem præstandam esse intelligit. Finge ergo maritum in suis rebus negligentem ad suum modum adservasse res dotales; idest parum diligenter, atque ita furto sublatas. Etsi hæc culpa est, non casus; tamen non præstabit, quia culpa est in negligendo, et levis; qualem maritus in rebus dotalibus non præstat. At idem si quid fecit, quo facto læsit res dotales, aut minuit, veluti si atrocior cædendo vulneravit servos dotales, aut debilitavit; præstabit omnimodo, etiam si eadem sævitia et atrocitate utatur in rebus suis. *L. si constante*, §. *si maritus*, *D.* scilicet *sol. mat.* quia hæc culpa in faciendo est, quam illum præstare oportere dicimus, sive sit lata culpa, sive levis. De tutela idem traditum a veteribus. Etiam hæc, ut superiores contractus, culpam recipere dicitur, idque simpliciter in *d. L. contractus*, *de reg. jur.* Et si dubitamus, an de culpa levi id dictum sit, expressum est in *L. quidquid*, *C. arbit. tut.* Sed ut intelligamus culpam hic quoque dici levem quæ in faciendo sit, id sic explicat Ulpianus in *L.* 1. in princip. *D. de tut. et rat. dist.* *In omnibus*, inquit, *quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in iis quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio* (tutelæ) *præstando dolum et culpam, et quantam in suis rebus diligentiam.* In quo iisdem verbis utens, quibus prius in dote Paulus rem hanc extulerat, nimirum eamdem sententiam expressit: ut tutor præstet quidem culpam, et eam levem, sed eam quæ sit in faciendo, eam autem quæ est in negligendo, et qua diligentia necessaria omittitur, non præstet nisi latam; ubi scilicet non adhibuit rebus pupillaribus eam diligentiam, quam suis solet; quæ ut sola ab eo exigitur, ita hac non præstita, ut dixi, admittitur culpa lata, non levis. *d. L. quod Nerva*, *depo.* Ac ne dubitemus hanc esse sententiam: quemadmodum in *L. quidquid*, *C. arbit. tut.* traditur tutorem etiam ob culpam levem teneri: ita cum distinctius quæritur, ob quam culpam levem, etiamne eam quæ in negligendo sit, diserte scriptum est in *L. tutor*, *qui reperto-*

torium, 7. §. *competet*, *D. de adm. tut.* tutores solum latam negligentiam præstare debere. Eamdemque sententiam habet, quod traditur in *L.* 2. *C. arb. tut.* si nomina paternorum debitorum per latam culpam tutotoris minus idonea tempore tutelæ essæ cœperint, tutorem debere damnum præstare. Etsi enim Antonius generaliter latam culpam nominat, ob quam solam illic tutorem teneri dicit: tamen cum id dicat nominatim in ea specie, cum tutor nomina non idonea fieri passus est non conveniendo, satis per se species nos admonet culpam latam ab eo dici, quæ sit in negligendo et omittendo. Quod de tutoribus dictum est, idem intelligendum est et de curatoribus; in quibus ut muneris necessitas est eadem, ita et in doli ac culpæ præstatione exæquantur in *L. quidquid*, *C. arb. tut.* Postremo et rerum communio, quæ sine societate contingit, puta inter plures coheredes, pluresve ejusdem rei legatarios, in eadem caussa cum superioribus contractibus habetur. Dicitur hæc quoque; simpliciter culpam recipere, ut intelligamus levem, in *d. L. contractus*, *D. de reg. jur.* Sed et hoc sic Paulus explicat in *L. heredes*, §. *non tantum*, *D. fam. erc.* Non tantum dolum, inquit, sed et culpam in re hereditaria præstare debet coheres, non tamem diligentiam, qualem diligens paterfamilias, *sed talem, qualem in suis.* Quæ cum dicit, jam satis ostendi hujusmodi orationibus nihil aliud significari, quam culpam levem omnem præstari, sed solum quæ in faciendo sit: quæ autem sit in negligendo, hanc non præstari nisi latam: quia non adhibere eandem diligentiam rebus communibus, quam suis, quæ sola diligentia hic exigitur, lata sit culpa, non levis.

XXIX. Sed hæc distinctio culpæ in superioribus contractibus incidit in varias reprehensiones. Pugnat enim cum regula eorum contractuum, in quibus versatur utriusque contractuum, in quibus versatur utriusque contrahentis utilitas. Pugnat cum ea distinctione, qua distinguuntur contractus superiores a deposito. Pugnat adeo ipsa secum, dum unam partem levis culpæ admittit, et alteram quæ ejusdem generis est, rejicit. Quibus difficultatibus fortasse factum est, ut hic impediti vulgo interpretes totam hanc distinctionem superiorum aut non animadverterent, aut repudiarent. Certe ab illis non est usurpata: qua tamen non admissa, necesse est totam hanc tractationem incurrere in eas difficultates, quibus neque se, neque alios expedire possint. Quod et illis contigit. Sed distinctione ipsa in superioribus contractibus ex suis locis et his non dubiis tam aperte constituta; alterum fieri potes, ut quæ objiciuntur, non recte expediamus fortasse: alterum certe non potest, quin vera sit et certa ac veteribus cognita distinctio. Sed tamen et de objectionibus ipsis superioribus securam esse jubebo, quas, ut spero facile vitabit, ut intelligatur non solum esse constitutam a veteribus, sed etiam recte, et sine offensione aliorum locorum esse constitutam. Placet ergo in superioribus contractibus non majorem diligentiam exigi a socio, marito, tutore, curatore, quam quantam suis rebus adhibent. Defendi hoc potest, dicet aliquis, in tutela et cura, in quibus non magis ulla utilitas gerentis versatur, quam in deposito depositarii. Et non majorem diligentiam a depositario exigi constat. *d. L. quod Nerva*, *depos.* In societate autem, dote, rerum communione defendi posse non videtur. Repugnant regula et exemplum eorum contractuum, in quibus utriusque contrahentis utilitas versatur: de quibus hoc servatur ut recipiant et dolum et culpam, et diligentiam, non qualem debitor suis rebus adhibet, sed qualem diligens paterfamilias solet suis adhibere. Traditum de pignore in *L. si cum venderet*, §. *ult.* et *L. ea igitur*, seq. *L. de pign. act.* de venditione in *L.* 3. *si vendita D. de per. et comm. rei vend.* de locatione in §. *penult. Inst. de loc.* Jam vero societas et dos, et rerum communio sunt hujus generis. In societate aperte omnium sociorum utilitas versatur propter lucri communionem, ad quam vocantur. In dote agitur utilitas mariti et uxoris. Mariti, qui dotem accipit, ut ea fruatur: uxoris, quæ per dotem consequitur, ut maritus onera matrimonii sustineat. *L. pro oneribus*, *C. de jur. dot.* De rerum communione nulla dubitatio est; ubi quod in res communes impenditur, quod inde percipitur, ad omnes pertinet, inter quos res est communis. Aut igitur superior definitio vera non est, aut eam in his quoque contractibus servari oportuit, societate, dote, rerum communione, quod cum contra statuamus, vitiose constitui fatendum est.

XXX. Sed et vera est communis notio superior, et non eo minus recte diversum statuitur in tribus his contractibus quos dixi. Sunt enim hi excepti, et merito excepti. Excipiendi ratio hæc, quod in his quominus debitor majorem diligentiam præstare debeat rebus ad fidem suam pertinentibus, quam suis, aut defenditur voluntate creditoris, qui majorem non exigit, aut rei gerendæ neces-

si-

sitate excusatur. Id autem in his sic accidit. In societate quisquis socium sibi adhibet, personam ejus sequitur, et probat. Ideo enim adhibet, quia rebus gerendis accommodum judicat, probans ejus diligentiam et fidem: alioqui nec eum sibi adjungeret. Quare si assumptus est homo industrius in suis rebus, et diligens, satis consultum est societati; cum quidquid is socius non ad eum modum gesserit in rebus societatis, in eo lata culpa ab eo contrahatur, quam in omni contractu præstari debere constat. *L. quod Nerva*, *D. depos.* Sin. is, qui adhibetur, idoneus non est: tamen qui adhibuit, nihil in eum inquirendo, et nihilominus ultro eum sequendo, talem probasse intelligitur, qualem secutus est, id est, idoneum. Quod cum initio fecerit, sero postea accusabit mores socii, quos eum eligendo semel probavit. Argum. in *L. si uxor.* in fin. *D. ad legem Jul. de adult.* præsertim cum si cœperint postea displicere, statim solvere possit societatem. Et hoc est, quod dicitur in §. *ult. Instit. de soc.* eum qui parem diligentem socium sibi assumit, de se queri, sibique hoc imputare debere. Nempe ideo, quia eligendo tanquam idoneum probavit, cum in eum posset diligentius inquirere, et ejus conditionem non sequi. Nec socius qui assumitur, societati se dando mutat hanc obligationem; quoniam dum et se socium adjungit, nihil de diligentia sua polliceri intelligetur amplius, quam ut præstet, quod potest, ut fieri solet inter fratres: habet autem in se societas jus quodammodo fraternitatis. *L. verum*, in princip. *D. pro soc.* Hoc si vere dicitur in societate, multo justius locum habere debet in dote inter conjuges. Nam dos matrimonii caussa datur: proinde et societatis caussa. Est enim matrimonium societas inter conjuges omnium arctissima: in qua et maritus uxoris, et uxor mariti personam eligit, et probat in his omnibus, quæ ad matrimonium tum copulandum, tum retinendum pertinent: ut si altera minus sit idonea ad res tractandas, tamen tanquam idonea probetur ab altero conjuge: Nihil simile in cæteris contractibus, in quibus cum alio de re aliqua contrahimus: certe personam nequaquam probamus. Ut in emptione, exempli gratia, nemo dicet me eum a quo emi, pro idonea persona habere, eoque contentum esse ideo quia emi: cum constet me hic rem quæ mihi utilis est, spectare, non personam venditoris. Argumento est, quod quisquis esset venditor, eodem modo rem mihi necessariam esse empturus. Est quidem mandatum contractus ejusmodi, in quo qui mandat, eligit industriam personæ mandatarii: sed non ideo eam solam quæ in eo est, probat, aut ea contentus est: quia qui mandat quid gerendum, hoc ipso diligentiam ad gerendum necessariam exigit. Unde procurator id mandatum recipiendo, de ea ipsa diligentia polliceri videtur, ut supra diximus. In rerum communione fortuita quominus coheres coheredi majorem diligentiam exhibere debeat, quam suis rebus solet, excusatur satis necessitate rei gerendæ. Quisquis enim rem cum alio communem habet; quoniam partes indivisæ sunt, quarum una sine altera attingi non potest, ideo si partem suam gerere et hoc modo salvam habere vult, necesse habet totius rei curam et tractationem suscipere. Hæc necessitas curæ alienarum partium suscipiendæ idonea defensio est, cur in ea administratione non amplius a coherede exigi debeat, quam potest: quæ in hac re istius juris reddita est a Paulo in *d. L. heredes*, §. *non tantum*, *famil. ercisc.* Idonea vero defensio ad omnia onera alicui imposita pertinens: in quibus placet semper parci ei cui onus incumbit, ne quid in eo amplius præstare cogatur, quam potest: dummodo ipse sibi id onus non imposuerit, et necessitatem alicujus rei faciendæ in eo sibi non accersiverit. *L. si fidejussor*, §. 1. *D. qui satisd. cog.* *L.* 2. §. *si quis tamen*, *D. si quis caut.* Qua ratione præcipue et in tutoribus et curatoribus defendi oportet, quod placet et ipsos in tutela et cura non majorem diligentiam præstare debere rebus minorum, quam suis præstant. Nam si utimur tantum hac ratione, quod in tutela nulla versetur utilitas debitoris, nihil dicimus proprium tutelæ, quo ea distinguatur a deposito: quam tamen constat distare in eo ipso de quo agitur, dum ita jus est, ut depositum culpam non recipiat, tutela recipiat. *d. L. contractus*, *D. de regul. jur.* Quocirca hæc sola idonea defensio relinquitur in tutela, ut cum admiserimus tutelam recipere culpam quæ in faciendo est: nihilominus recte dicatur diligentiam non majorem a tutore exigi, quam suis rebus solet præstare, eoque nec alius negligentiæ nomine eum teneri, quam latæ, ne in munere necessario, quod sibi non imposuit, cogatur præstare amplius quam potest. Est autem tutela itemque cura munus publicum: proinde et necessarium, quod delatum detrectare sine justa excusatione non licet. *Instit. de excusat. tut.* in princip. *L.* 1. in princip. *D. de admin. tut.* Constabit igitur jam hoc, etsi in societate, dote rerum com-

communione utilitas utriusque ex contrahentibus versatur; tamen recte in his non majorem diligentiam exigi a debitore, quam quantam suis rebus præstare solet, quantunvis hoc fiat præter regulam communem contractuum ejus generis, quod multo magis in tutela et cura recipiendum est.

XXXI. Sed hoc admisso incidit res in alteram reprehensionem. Isto enim modo dicent, nihil distabunt contractus superiores a deposito. Nam et in deposito eamdem diligentiam exigimus ab eo qui depositum accepit: quam si non præstat, dicimus eum peccare lata culpa, atque hanc eum non aliter quam dolum præstare debere. *L. quod Nerva, D. depos.* At distingui istos contractus constat, ut superiores dicantur levem culpam recipere: depositum non nisi latam. *L. contractus, D. de regul. jur. L. 1. C. depos.* Quare necesse erit alterutrum videri, aut superiores contractus non exigere solum eam diligetiam, quam debitor suis rebus adhibeat; aut depositum ab his in culpa præstanda non recte distingui. Sed hac objectione moveri non oportet. Sane enim cum de diligentia quæritur, et propter diligentiam de culpa, quam diligentia non adhibita præstare oporteat, inter superiores contractus et depositum nihil interest. Unam diligentiam isti omnes pariter exigunt, quantam scilicet suis rebus quisque adhibet. Hac non adhibita eamdem culpam præstant, latam videlicet quæ sit in negligendo, et hanc solam, non etiam levem. Sed non eo minus verum est superiores contractus levem culpam recipere, depositum non nisi latam, atque hoc modo a prioribus distare. Recipiunt priores illi levem culpam: esto, non omnem, non eam quæ sit in negligendo, seu in necessaria diligentia omittenda: Recipiunt tamen, quia recipiunt eam quæ in faciendo est, ut ostendimus. At depositum ex his nullam, sed tantum dolum et latam culpam, sive culpa in negligendo sit, sive in faciendo. Fac depositarii heredem, qui et ipse depositi tenetur per imprudentiam fregisse rem depositam, dum putat hereditariam; aut eamdem pro sua vendidisse, vel donasse. Placet eum nihil horum præstare debere. *L. 1. §. ult. L. 2. L. 3. D. depos.* non sane quia non culpa ejus factum sit; cum consultis rationibus defuncti, aut spatio aliquo interposito cognoscere potuerit rem alienam fuisse, et fuisse depositam: sed quia incogitantia hæc sit, et levis culpa, qualis in deposito non præstatur. Finge etiam eum qui depositum acceperat, dedisse rem depositam perferendam ad eum qui deposuerat: sed commisisse homini parum fideli, et non satis noto, cui et res aliquas suas commiserat; eum autem una cum rebus aufugisse, et nusquam apparere. Est hæc omnino culpa depositarii non obscura: debuerat enim prius inquirere, quis esset cui res committebat, et amissionis periculum temere non subire. Sed hæc culpa levis est, qua et ipse peccat in suis, ut hic apparuit. Dicemus hanc culpam eum non præstare, sed ea amissione liberari *argum.* in *L. eum qui,* in fin. *D. com.* Quæ si ita sunt, utrumque recte dicitur, et in superioribus contractibus non majorem diligentiam a debitore exigi, quam quantam adhibet suis rebus, proinde nec in eo majorem eum culpam præstare, quam latam: et præterea nihilominus eosdem contractus recte distingui a deposito; quia remota negligentia seu culpa quæ est in non faciendo, in qua isti contractus omnes inter se exæquantur, relinquitur culpa quæ est in faciendo: in qua superiores a deposito recte distinguuntur.

XXXII. Sed constituta ab aliis partibus hac sententia de culpa levi quæ in negligendo sit, in supra scriptis contractibus non præstanda; restat saltem tertia objectio, quæ ex ipsa distinctione superiore culpæ ducitur. Dicimus enim in superioribus contractibus culpam levem, quæ in non faciendo sit, non præstari: at iidem admittimus præstari levem, quæ sit in faciendo. Cur hanc potius, quam illam? et an non hæc pugnant inter se, cum utraque culpa sive in faciendo est, sive in negligendo, pariter sit levis? Et pugnarent hæc inter se, cum utraque culpa sive in faciendo est, sive in negligendo, pariter sit levis, nisi hæ ipsæ culpæ quanvis genere ipso leves, specie tamen ita differrent, ut culpa quæ in faciendo est, multo esset gravior, minusque omnino ferenda, quam quæ levis est in non faciendo, negligendove. Est enim semper, quod ei qui quid male instituit, fecitve, quo rebus noceret, imputari possit, cur fecerit: quando quidem in ejus potestate est rebus integris non facere; in potestate ejus secum deliberare, num expediat facere quod instituit, et num quid ex eo sit periculi: ut jure culpa ejus accusetur, si re non bene provisa ad faciendum quid processerit. *L. qui in alterius*, in fin. *D. de regul. jur.* At si quis quid non faciat dum peccat imperitia et consueta in suis rebus negligentia, multæ sunt caussæ cur ei non imputetur: sed excusetur potius. Nam primum fieri potest, ut is qui non fecit, ut erat imperitus etiam in suis, non putarit amplius

fa-

faciendum quid, quam quod fecit ad rem custodiendam vel tuendam. Frustra ab eo exigamus ut deliberet, quid faciendum sit: qui an aliquid faciendum esset, ignorarit. Præterea etsi quis sciat quid sciendum sit, tamen suscipere non audeat diffisus imperitiæ vel infirmitati suæ. Non improbabilis vero hæc excusatio est. Nam si culpa est affectare id, in quo scias imperitiam tuam aut infirmitatem alii periculosam futuram: *L. idem.* 8. *D. ad leg. Aquil.* certe id non affectare, nisi alia res te ad diligentiam præstandam, obliget, videri debet esse extra culpam, ubi de imperitia tua reformides. Recte autem ob supra scriptas caussas distingui hæc genera levis culpæ, ut factum quodvis ab eo qui fecit, præstari oporteat, neglectum omissumve non semper, declaratur evidenter lege Aquilia; quæ culpam in damno alii dato etiam levissimam coercens, *L. in lege*, *D. ad leg. Aquil.* non aliam tamen coercet, quam cum quis facto suo nocuit alteri injuria. Cum autem negligentia quis rem alienam perire passus est, ea lege non tenetur; *L. si cujus* 13. §. *de præteritis.* illic, *denique*, *D. de usufr.* Præclare igitur tota hæc distinctio levis culpæ constituta est in his contractibus quinque, societate, dote, tutela, cura, rerum communione, ut hi recipiant quidem levem culpam, sed ea quæ in faciendo sit, non recipiant eam, quæ est in negligendo. Et quod idem est, non majorem diligentiam exigant a debitore, quam quantam suis rebus adhibere solet; qua non adhibita teneatur quidem ob culpam; sed culpam latam, quæ in non faciendo sit, non levem.

XXXIII. His contractibus exceptis ex toto genere eorum, quos culpam recipere diximus, reliqui sunt nimirum omnes hujus generis in ea caussa, et utramque culpam levem recipiant, tam eam qui in non faciendo est, quam eam quæ in faciendo. Esse autem, qui utramque recipiant, sic nostri declarant, dum dicunt esse, in quibus non solum culpa debeat præstari, sed et diligentia, seu custodia, ut in *L. si cum venderet*, §. *ult. D. de pig. act. L. cum res* §. *pen. D. de leg.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *D. de per. et com. rei vend. L. contractus. D. de reg. jur.* Diligentiæ enim verbo significant id, quod verbo continetur, diligentiam omnem videlicet, id est non eam tantum quam debitor adhibeat in suis rebus, sed quam soleat diligens paterfamilias præstare, ut hoc sic explicatur in *L. ea igitur*, *D. de pig. actio. L. si vendita*, *D. de per. et comm. rei vend.* proinde et exactiorem quam in suis rebus exhibeat, si alius diligentior potuit rem custodire. *L.* 3. *D. de peric. et commo. rei vend.* §. *item*, *is*, *Institution. quib. mod. re contr. obligat.* Quo rursum significant, si hæc diligentia adhibita non sit, eam omnem culpam præstari debere, etiam si is a quo ea diligentia exigitur in rebus alienis, eadem negligentia aut inscitia peccet in suis: quam constat culpam in negligendo levem esse, non latam *d. L. mulier*, §. *sed enim*, *D. ad Treb.*

XXXIV. Quibus ergo in contractibus istam diligentiam præstari volunt, et hac omissa negligentiam levem? Et si recte excepimus superiores quinque, apparet non præstari in omnibus, quos dicimus culpam levem recipere. Idque est, quod Ulpianus in *d. L. contractus*, *de reg. jur.* cum enumerasset plerosque contractus, quos dixerat dolum et culpam, eamque levem recipere, subjicit: *In his quidam et diligentiam.* Sic enim legendum est, non ut olim vulgaris lectio fuit, *In his quidem et diligentia*, ut subaudiatur, inest, vel præstatur. Non etiam ut est in Pandectis Florentinis, *In his quidem et diligentiam*, ut repetatur verbum recipiunt, quo initio usus erat Ulpianus. Nam prior illa vulgaris sententiam aperte falsam continet. Significat enim in his quos prius enumeraverat, etiam diligentiam venire, quod falsum est. Recensuerat enim inter alios societatem, dotem, tutelam, rerum communionem. In quibus ostendi diligentiam non majorem venire, quam in deposito, id est non aliam, quam quantam debitor suis rebus adhibet. Florentina autem si sic accipitur, ut omnes contractus superiores diligentiam etiam recipiant: eodem modo falsa est; et præterea manifesto vitio orationis laborat, cum non recte dicatur: in his quidem hi ipsi et diligentiam recipiunt; cum simpliciter ita dici deberet, hi quidem et diligentiam recipiunt. Sin ita accipitur, ut non omnes contractus priores recipiant et diligentiam, sed aliqui, aut plerique; perspicuum est pro *quidem* legendum esse *quidam*, quo verbo ea sententia dilucide et sine ullo vitio orationis exprimitur.

XXXV. Quinam ergo sunt isti quidam qui et diligentiam recipiant, qualem hoc verbo significari ante diximus? Et si recte diximus ex universo genere eorum qui dicuntur culpam recipere, solos esse illos quinque, qui hanc diligentiam non præstent, societatem, dotem, tutelam, curam, rerum communionem: satis sua sponte intelligitur quod dixi, reliquos omnes hujus generis esse in ea caussa, ut et culpam recipiant, quæ in faciendo est;

est; et recipiant præterea diligentiam, qua non adhibita culpam etiam in negligendo levem præstent. Quod etsi ita per se satis certum est; tamen ne quis hic sit error, enumeratione et probatione generum fiet certius. Cum ergo diximus in contractibus hæc esse genera ut aut in his versetur utilitas solius creditoris, ut in deposito; aut solius debitoris, ut in commodato; aut utriusque, ut in emptione: de primo genere in quo debitor solum officii debitor est, ita jus est, ut quos contractus ex eo ordine supra diximus levem culpam recipere, iidem et diligentiam superiorem, id est exactam, et qualem diligentis patrisfamilias esse oportet, omnes recipiant: quo in numero sunt negotia gesta, mandatum, depositum cui quis se obtulit: de quibus disertis in locis testatum est: de negotiis gestis in §. 1. *Inst. de obl. quæ qua. ex cont.* de mandato in *L. a procuratore. L. in re*, *C. mand.* de deposito in *L.* 1. §. *sæpe*, *D. depos.* De mandato multa in contrariam sententiam trahere videntur: sed de his respondi in mandati præstationibus, ut et jam ante monui. In secundo genere est commodatum, quod quidem non commodantis caussa aperte comparatum sit. Excipitur enim precarium, et si quod est commodatum commodantis caussa. Et commodatum quod levem culpam recipit, idem præter cæteres contractus maxime diligentiam exigit. *L.* 5. §. *commodatum*, §. *quod vero*, vers. *custodiam*, *D. com.* Ex tertio genere qui sunt, omnes, et culpam et diligentiam recipiunt, exceptis societate, dote, rerum communione, de quibus ante diximus. Exemplo sunt pignus, emptio et venditio, locatio et conductio: in quibus et diligentiam exigi constat. *L. si cum venderet*, §. *ult. L. ea igitur*, seq. *D. de pig. act. L.* 3. *L. si vendita*, *D. de per. et com. rei vend.* §. *pen. Inst. de loc. et. cond.*

XXXVI. Hæc diligentia in his omnibus pariter et sine distinctione eadem exigitur: ut non major exigatur in commodato, quam in iis in quibus utriusque utilitas versatur, atque adeo quam in iis; in quibus versatur solum utilitas creditoris, quos quidem antea posuimus diligentiam recipere. In commodato diligens custodia exigitur, *L.* 5. §. *quod vero*, vers. *custodiam*, *D. com.* id est diligentia diligentis patrisfamilias ad rem custodiendam necessaria. Hanc eamdem exigi videas in pignore, et in venditione in *d. L. ea igitur*, *D. de pig. act. d. L.* 3. *L. si vendita*, *D. de per. et com. rei vend.* Etenim in commodato exigitur etiam talis diligentia, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ut est in *L. in rebus*, in pr. *D. com.* Ne nos hoc conturbet. Nam et in locatione nominatim ac totidem verbis eadem diligentia exigitur in §. *pen. Inst. de loc. et cond. L. si merces*, §. *qui columnam*, *D. loc.* Sed et in pignore, et venditione quis dubitat eamdem exigi, cum dicitur in his venire et dolum et culpam item et custodiam ut in commodato? quod traditur in *d. L. si cum venderet*, §. *ult. de pig. act. d. L.* 3. *de per. et com. rei vend.* Quanquam si in locatione talis diligentia exigitur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus præstat; satis argumenti est eamdem et a venditore præstari debere: quoniam emptio et venditio, itemque locatio et conductio iisdem regulis juris continentur. *L.* 2. *D. de loc. et cond.* Quinimo eadem ista exigitur et in negotiorum administratione in §. 1. *Inst. de obl. quæ quas. ex contr. nasc.* exigitur enim illic exactissima diligentia ab eo, qui negotia aliena gerenda suscepit: Est autem exactissima, cui nihil addi potest: atque eadem est diligentissima. Quæ sane eam vim hebent, non ut propter diversa putemus hic statui sententias contrarias: sed contra ut sententiis veris positis, quæ sunt fere ab eodem auctore Cajo, intelligamus in usu veterum et juris inter diligentem et diligentissimum nihil interesse, ut supra in explicatione generum culpæ pluribus ostendimus. Unum solum animadverto, quod amplius præstandum sit in commodato, quam in cæteris, in quibus et diligentia exigitur, quod si in incendio, aut naufragio, aut incursu hostium, is cui res commodatæ sunt, eo angustiarum redactus sit, ut non possit servare nisi aut commodatas, aut suas: placet eum potius servare debere res commodatas: proinde si suas prætulit, cum posset res commodatas salvas facere, eo nomine teneri. Quod genus præstationis positum est in *L.* 5. §. *quod vero*, *D. commod.* alibi in cæteris contractibus hoc genus culpæ præstari non legimus.

XXXVII. Quæ de hac præstatione tota culpæ diximus in contractibus superioribus bonæ fidei, placet pertinere ad omnes contractus superioribus similes, quanvis in certum aliquid genus eorum non cadant: servata tamen hac distinctione, quæ et ipsa nisi quid justis de caussis exceptum esset, per omnia servaretur: ut si forte aliquid tibi dedi inspiciendum, vel aliter tractandum ea lege, ut redderes; si quidem mea caussa tantum, tu dolum solum præstes, ut in deposito; si mea et tua, præstes et culpam et diligentiam, ut in emptione, et conductione:

si

si tua tantum, eadem et hic præstes, ac multo quidem magis: hoc amplius illud etiam accedat, ut si dum rem a me acceptam salvam facere potuisti: tu tuas prætuleris, ut fit in commodato, tenearis eo nomine. Exstant exempla una cum hac ipsa distinctione in *L. eum qui.* §. 1. *D. commod. L. si gratuitam*, §. 1. §. *Papinianus*, *D. de præs. verb.*

XXXVIII Illud præcipue in hoc genere similium contractuum est, quod placet eodem exemplo legata et fideicommissa ad eamdem distinctionem et regulam revocari. De quo genere ita scribit Africanus in *L. si servus*, 108. §. *cum quid*, *D.* de legat. 1. *Cum quid tibi legatum fideive tuæ commissum est, ut mihi restituas; si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato: alioquin etiam culpam te mihi præstare debere. Sicut*, inquit, *in contractibus bonæ fidei servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa: sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur.* Qua ratione cum de legato ab herede præstando agitur, scriptum est ab Ulpiano sine ulla distinctione in *L. cum res*, §. *penult. D. de leg.* 1. culpam in eo præstandam ab herede, et quidem levem. Neque hanc solum, sed et diligentiam ad eo exigendam. Quippe heres præstito legato semper habiturus est amplius aliquid, quod capiat ex testamento. Atque hoc eo diligentius notandum est in legato, quod nonnulla sunt, quæ videantur huic præstationi culpæ in legato adversari. Primum illud, quod defenditur hæc præstatio ea ratione, quasi in legato versetur utriusque utilitas tam heredis, quam legatarii. *d. L. si servus*, §. *cum quid*, *de leg.* 1. quod prima fronte falsum esse videtur. Nam in eo quod totum legatarii caussa comparatum est, quæ potest videri utilitas esse heredis? Sed illud adversarium magis, quod in fideicommisso hereditatis aliud placuit. Nam si scriptus heres rogatus sit restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliæ res perierint: item si cum distrahere deberet, non fecerit: scriptum est in *L. mulier*, §. *sed enim.* nihil eum in his omnibus præstare debere, nisi culpam latam; non autem culpam levem, et consuetam in suis rebus negligentiam. Cur potius heres culpam et diligentiam præstet in fideicommisso rerum singularum, quam in fideicommisso hereditatis, si ejus utilitas in restitutione fideicommissi non versatur? aut si versatur pariter in utroque, cur non eadem et par in utroque culpæ præstatio est? De quibus breviter respondeo, ac primum de utilitate quæ in præstatione legati versatur. Legatum et fideicommissum si per se spectetur, sane fatendum est in eo quod præstatur, solum commodum legatarii versari, nullum heredis. Sed in legato spectare oportet totam voluntatem defuncti. Is vero ita legat ab herede, ut pro legato eum hereditatem accipere jubeat, nec heredem unquam institueret eum, nisi id ageret, ut ipse quoque legata a se relicta præstaret. Hanc voluntatem si spectamus, eam ratam esse in legato utriusque aperte interest, legatarii, qui legatam accipit: heredis, qui voluntatem defuncti in hac re agnoscendo consequitur, ut secundum voluntatem defuncti obtineat hereditatem. Non dubium vero est, quin etiam in restitutione fideicommissæ hereditatis similiter versetur utriusque utilitas, heredis, et fideicommissarii. Nam et hic ut fideicommissarius ex restitutione hereditatem accipit, ita pro ea restitutione quartam retinet ex Trebelliano. Sed hoc interest inter legatum rerum singularum, et fideicommissum hereditatis, quod ex legato non incidit heres in communionem cum legatario, si cui forte res aliqua solida legata sit. Hereditate autem per fideicommissum relicta, incidit in communionem rerum hereditariarum cum fideicommissario pro quarta parte hereditatis, quam retinet. Hæc communio rem revocat ad legem et regulam communionis rerum, de qua supra diximus, ut in ea coheres coheredi non majorem diligentiam præstare debeat in rebus communibus, quam quantam suis adhibet: *L. heredes*, §. *non tantum*, *D. de fa. erc.* eoque nec culpam in negligendo majorem, quam latam: quia superiore diligentia non adhibita admittatur culpa lata, non levis. Eamdem communionem dederimus in legatis inter heredem et legatarium. Eamdem quoque legem præstationis in herede admittemus, qui propter suam partem incipit caussam habere gerendi, ut est in *d. L. heredes*, §. *non tantum.*

C A P. VIII.

Quæ obligationes actionesve tempore finiantur: seu de perpetuis & temporalibus actionibus.

I. AC quibus modis sua sponte tollatur obligatio mutatione status, quibus item amissione omnique periculo rei debitæ huc usque dictum est. In quo posteriore cum jus variaretur, prout id periculum contingit aut debitoris dolo, aut culpa, aut casu fortuito: ideo necesse fuit de his distincte et singillatim dicere, ut intelligeretur, quid in his prodesset debitori ad liberationem, quid non prodesset. Idque ita a me factum est: in quem locum superior tractatio hactenus desiit. Restat tertium genus propositum, quo item tollitur sua sponte obligatio, dum ita tollitur, ut tempore sua sponte finiatur.

II. Tempore finitur obligatio et actio, quæ ad certum tempus constituta, post id tempus esse desinit. Constituitur obligatio ad tempus aut voluntate privata eorum a quibus obligatio est, aut lege ipsa actionem constituente.

III. Voluntate privata, cum promittitur aut legatur quid præstandum sæpius, sed usque ad certum tempus: veluti si ita stipuler, decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? aut centum annua, menstruave usque ad decem annos, vel usque ad centesimas calendas. Aut si testator ita leget, decem Titio singulis annis dari volo donec ad vicesimum annum pervenerit. De hac omni temporis adjectione non tantum in contracti-

bus,

bus, sed etiam in legatis ita jus est, nihil ad tempus deberi posse ex utraque caussa, sed obligationem isto modo ad tempus constitutam jure nihilominus esse perpetuam, et quod hinc debetur, etiam post tempus jure peti posse. *L. obligationum fere*, vers. *placet. D. de obligat. et act. L. nemo, D. de leg.* 1. Nec quem moveat, quod edicto generali prætoris cautum est conventiones esse servandas. *L. jurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Hactenus enim eo ipso edicto servandæ sunt, dum ne sint contra jus. At contra jus est obligationem consensu non contractam, aut non contractam solo consensu, sola pactione dissolvi, ut postea suo loco dicetur. *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. jur.* Et hoc est; quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit debere: in quibus non est hæc [1] pactio, ne deberi recte cœptum post tempus debeatur amplius: quæ Pauli ratio est in *d. L. obligationum*, vers. *placet*, *de obligat. et act.* Sed de omni hac temporis adjectione ita scribunt veteres, ut cum fassi sunt eam ipso jure non valere: ubique adjiciant eam defendi per pacti vel doli exceptionem. Si quis enim contra placitum post tempus petat, hac exceptione summoveri. *d. L. obligationum fere*, *de obligat. et action.* §. *at si ita, Institut. de verb. oblig. L. eum qui*, 56. §. *qui ita stipulatur*, *decem*, *D. de verb. obligat.* Sumptum ex eodem edicto videlicet, quo efficitur omnem pactionem quanvis nudam, si ad nihil aliud, saltem ad exceptionem prodesse. *L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact. L. bonæ*, *C. eod.* Ita fit, ut hac quoque adjectione temporis quanvis non finiatur obligatio ipso jure, tamen vi ipsa idem prope consequatur; cum nihil intersit, utrum actionem quis non habeat, an actio per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. jur.* Sed hic modus finiendæ obligationis non est proprie hujus loci: non solum quia nunc persequimur eos modos, quibus jure ipso tollitur obligatio: sed multo magis, quod per istam adjectionem temporis non finitur obligatio tempore, sed conventione aut judicio defuncti: aut si tempore, certe non sua sponte, et invitis his quibus obligatio constituitur, de quo genere nunc agimus, sed maxime eorum opera et facto, quia ipsorum conventione et voluntate: quod potius ad sequens genus pertinet, qua parte de consensu ad dissolvendam obligationem utili agetur.

IV. Tunc solum proprie sua sponte finitur obligatio tempore, cum tempus obligationi et actioni præstitutum est ipsa lege, atque id deinde præteriit. Constituitur isto modo tempus lege dupliciter. Aut enim actio intra certum tempus lege datur ab initio; ut fit in iis, quæ edictis prætorum nominatim [2] dantur intra annum: aut actio ab initio primis legibus proposita, postea certum tempus et certum finem aliis constitutionibus accipit: ut accidit in iis actionibus, quæ primo sine præfinitione temporis propositæ, eoque et perpetuo; postea constitutionibus conclusæ sunt intra triginta annos. *L. sicut*, *C. de præs. trig. vel quadrag. an.* Quæ intra certum tempus nominatim lege propositæ sunt, eæ in usu juris dicuntur temporales, quæ, ut postea dicetur, post tempus constitutum ipso jure finiuntur. Quæ autem ab initio simpliciter propositæ sunt legibus aut edictis prætorum, eæ dicuntur perpetuæ. Et fuerunt quidem vero tales ab initio, ut quæ nullo tempore excluderentur. Nunc autem intra tempus triginta aut quadraginta annorum conclusæ proprie tales dici non possunt: sed tamen et nunc vetus nomen retinuerunt, sive quod in eo originem spectamus, sive quod tam longum tempus his præfinitum est posterioribus legibus, ut etiam nunc perpetuæ videri possint. Quid, quod etiam nunc jure ipso vere sunt perpetuæ? Sic enim his post triginta annos agi efficaciter non potest, ut tamen jure ipso durent, tantumque exceptione et præscriptione temporis summoveantur, de quo postea.

V. Atque hinc Titulus Institutionum *De perpetuis et temporalibus actionibus* cui parti hic proprie locum esse fatendum est; postquam hic finis temporis ad liberationem debitoris, et obligationis solutionem pertinet. Etsi autem in perpetuis istis finitur tantum actio per exceptionem, ac de his modis, quibus debitor per exceptionem liberatur, nunc non agimus: tamen quia conjuncta harum actionum ita tractatio est, ut neque perpetuæ ex temporalibus, neque temporales nisi ex perpetuis satis intelligi possint: quia præterea ambæ species tempus pariter lege consti-

1) Hopper. *Lib.* 2. *πιθανῶν pag.* 35. Tempus non est modus tollendæ obligationis, quia sicuti quæ juris sunt, ex. gr. postliminium, non restituunt ea quæ facti ex. gr. possessionem: sic contra quæ facti, ut tempus, non pertinent ad corrumpenda ea quæ juris, ut est obligatio vid. et Guttierez *ad L.* 55. *de Leg.* 1. *n.* 190. *et seqq.*

2) Annua enim erant edicta Prætorum, A. Gentil. *de diu temp. appel. C.* 9. ut et Senatus decreta, Io. Sar. Zamosc. *Lib.* 2. *de Senatu pag.* 169.

stitutum habent, quo et ipso finitur obligatio: cogimur rerum ipsarum conjunctione de utraque specie conjunctim hoc loco dicere, et quærere, non solum quæ sint, sed etiam quam obligationis liberationem secum afferant.

VI. Quæ temporales actiones sint, quæ perpetuæ, et quid in harum tempore, quid in potestate finiendæ obligationis servandum sit, ex singulis actionibus de unaquaque specie propositis agnosci potest. Sed hoc in singulis quærere, infinitum est, et ad cognoscendam cujusque præfinitionis caussam inutile, et si qua in hac re definitio certa universi generis esse potest, supervacuum. Ideo utile est, in promptu habere regulam, si qua esse potest, qua in hac re utamur ad universi generis præceptionem. Et vero observata est a veteribus, et aliqua ex parte indicata in *L. in honorariis*, *de obligat. et act.* Hac quam expeditissime fieri poterit, ad omnes indicandas nunc utemur. Omnes actiones aut rei persecutionem continent, aut pœnæ. Rei persecutionem eæ quibus persequimur id solum quod nobis ex patrimonio abest. Pœnæ persecutionem eæ quibus aut solum persequimur, quod nobis non abest, aut quod nobis quidem abest, sed cum eo etiam aliquid amplius. *d. L. in honarariis, de obl. et act.* Hæ in singulis generibus contractuum et maleficiorum quæ sint, indicatur in §. *sequens*, et deinceps, *Institution. de action.* ubi de hoc genere scripsimus. Quæ rei persecutionem continent, perpetuæ sunt: id est legibus aut edictis prætorum ita initio propositæ, ut proponerentur simpliciter, non intra certum aliquod tempus. Idque ita esse sic certo colligimus. Necesse est enim, cujuscunque generis sit hæc actio, ea sit aut civilis, aut prætoria. §. 1. *Institution de obligat.* Atqui de civilibus generaliter traditur has esse perpetuas, sive sint rei persequendæ caussa comparatæ, sive pœnæ. *Institition. de perp. et temp. act.* in princip.

VII. In hoc genere tres exceptæ, Pauliana, redhibitoria, actio quanto minoris res valuit, quam vendita est. Pauliana est, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt revocantur. *L. videamus*, 38. §. *in Faviana D. de usur.* proinde ad persequendum quod creditoribus abest. Ea tamen prætoris edicto nominatim datur intra annum. *L.* 1. *D. quæ in fraud. credit.* quia scilicet competit ad rescindendam venditionem a domino factam, quæ jure civili valuit. Redhibitoria proposita est edicto Ædilium, ut sive quid morbosum vitiosumve venditum sit, sive quod dictum promissumve est, non præstetur, res vendita redhibeatur, id est reddatur, atque ita recipiatur interdum solum quod emptori abest. *L.* 1. *L. quod si nolit*, §. *in factum*, *L. redhibitoria*, *D. de ædil. ed.* Datur autem ex supra scriptis caussis intra sex menses. *L. sciendum* §. *ult. D. eod.* Ex una caussa intra sexaginta dies; si quid scilicet ita venierit, ut nisi placeret, redhiberetur, et de tempore intra quod displiceret, non convenerit. *L. quod si nolit*, §. *si quid ita*, *D. eod.* Actio quanto minoris competit ex iisdem caussis, si quis quanto minoris res valuerunt, quam emptæ sunt, agere malit, quam eas exhibere, et pretium omne recipere. At hæc eodem edicto proposita est intra annum. *d. L. sciendum*, §. *ultim. L.* 2. *C. de ædil. action.* Utraque hæc ideo intra tempus supra scriptum, quia apparet actiones esse constitutas ad rescindendam venditionem, quæ ex consensu jure valuit.

VIII. Conveniebat huic rationi, ut Calvisiana actio etiam anno finiretur. Est enim Calvisiana, quæ competit patrono ad revocanda ea, quæ in fraudem ejus alienata sunt, quæ eadem dicitur Faviana. *L.* 1. §. *utrum*, §. *si pluribus*, *D. si quid in fraud. patron.* ut appareat propositam ad rescindendam venditionem quæ jure valuit, similiter ut Paulianam. Placuit tamen hanc præter regulam superiorem in perpetuum dari, et ita ad regulam communem pertinere earum, quæ rei persecutionem continent. *L.* 3. §. *hæc actio*, *D. si quid in fraudem patr.* Ulpianus quidem in *d.* §. *hæc actio.* hujus juris hanc rationem reddit, quia habeat ea actio rei persecutionem. Et est sane ea ratio ejusmodi, ut sine ea non daretur actio perpetuo. Sed per se sola ad id efficiendum non sufficit, ne erremus: alioqui idem dicendum foret de Pauliana, redhibitoria, quanto minoris: quæ et ipsæ rei persecutionem habent: temporales sunt tamen, ut modo diximus. Adde igitur et alteram rationem ductam ex persona patroni: quod Calvisiana actio ita rei persecutionem contineat, ut detur etiam patrono earum rerum revocandarum nomine, quæ quodammodo ad jus patroni pertinent. Datur enim legitimæ portionis patroni tuendæ caussa, quæ illi in bonis liberti jure ita debetur, ut sit quodammodo ejus propria. *L.* 1. in princip. *D. si quid in fraud. patr.*

IX. Quæ actiones pœnæ persecutionem habent, hæc una definitione non continentur, cum quæritur, an sint temporales. Refert, utrum civiles sint, an perpetuæ. Civiles quanvis

vis pœnales generali definitione sunt perpetuæ. Exstat definitio. *Institution. de perp. et temp. action.* in pr. Civiles autem vocamus quæ sunt ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, et aliis partibus juris excepto jure prætorio. *Ibidem*, *et L. jus autem civile*, *D. de just et jur.* Sed hoc adhuc incertius: quæ enim sint ex superioribus partibus, et quot sint, dubitari potest. Id ergo ut sciamus, enumeratione earum consequemur. Et actiones pœnales partim legibus, partim constitutionibus propositas, eoque et civiles quatuor esse animadverto: Actionem de damno injuria dato, propositam lege Aquilia. *L.* 1. *D. ad leg. Aquil.* Actionem injuriarum ex his tribus caussis, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introïta sit; quibus ex caussis lex Cornelia actionem dedit. *L. lex Cornelia*, *D. de in jur.* Idem actionem repetendarum, quæ proposita est lege Julia repentundarum. *L.* 1. et toto tit. *D. ad leg. Jul. rep.* In qua tamen hac in re recessum est a regula communi civilium actionum, quod cum lege Julia superior actio constituta sit etiam in heredem: tamen placuit ea lege ita dari, ut esset dumtaxat intra annum a morte ejus qui arguebatur. *L.* 2. *D. de leg. Jul. rep.* Et has quidem ex legibus. Una est ex constitutione Justiniani de legatis et fideicommissis, quæ relicta venerabilibus locis religionis caussa differuntur eo usque, donec is a quo relicta sunt, eo nomine in jus vocetur. Adversus quam moram constituta est actio in duplum. §. *vi autem*, *Institution. de action.* Ita hactenus pœnalis. Sed quia est ex constitutionibus; Ideo civilem esse, non prætoriam, eoque et perpetuam ex superiore definitione intelligimus. Quæ reliquæ sunt pœnales, omnes sunt prætoriæ. Ex quibus una est perpetua, actio furti manifesti: cæteræ sunt temporales, intra annum olim omnes propositæ. *Institutio. de per. et tem. act. L. in honorariis*, *D. de per. et temp. act.* nunc ita omnes, ut sit excepta de dolo actio, quæ intra biennium continuum competit. *L. ult. C. de dol.* Ex his si summam et numerum harum actionum complecti volumus, licet videre, quæ sint et quot sint utriusque generis. Sunt igitur temporales numero hæ: Ex iis quæ rei persecutionem continent tres illa, Pauliana, redhibitoria, quanto minoris. Ex pœnalibus omnes, exceptis illis civilibus quatuor, quas paulo ante indicavi, item actione furti manifesti, quæ est prætoria. Cæteræ omnes sunt perpetuæ: quo in numero sunt omnes quæ rei persecutionem continent, exceptis tribus illis, Pauliana, redhibitoria, quanto minoris: item pœnales illæ quinque superiores, ex quibus civiles quatuor, una prætoria.

X. Sed in hac distinctione diligenter animadvertendum est, quas dicamus rei persecutionem continere, quas persecutionem pœnæ. In quo facile est labi ex verbis definitionis ejus, quæ est de hoc genere in *d. L. honorariis*, *D. de obl. et act.* proinde definitio explicationis indiget. Illic Paulus ita definit, illas rei persecutionem continere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest. Recta definitio, dum hoc sic accipiamus, quibus persequimur solum id quod ex patrimonio abest. Quod si quid persequamur amplius, etiam si maxime persequamur id ipsum, quod abest, pœnalis tamen erit actio, non rei persecutoria. Sciendum est enim duo genera esse earum, quæ pœnæ persecutionem habent, quas easdem vocamus pœnales. Quædam sunt, quibus tantum persequimur id quod nobis non abest, idest uno verbo solum pœnam: ut sunt actiones furti manifesti, et nec manifesti. §. *ex maleficiis*, *Instit de action.* Quædam, quibus persequimur etiam quod nobis abest, sed aliquid amplius quod non abest: quæ dicuntur apud Justinianum mistæ, tam pœnæ, quam rei persequendæ caussa comparatæ. *d.* §. *ex maleficiis.*

XI. Atque hoc etiam genus duplex est. Est enim aliquid amplius in pecunia, quam persequimur: est aliquid amplius in dedecore, et maleficii vindicta. Amplius in pecunia, ut cum pro simplo quod nobis abest, persequimur duplum, triplum, aut quadruplum ita, ut in his simplum insit: aut pro damno quod nobis datum est, persequimur id omne quod amplius fuit præcedentibus diebus; ut fit in lege Aquilia: cujus generis solius exempla proponuntur inter mistas in *d.* §. *ex maleficiis*, et §. seq. Amplius in dedecore et vindicta maleficii esse intelligimus, cum actio proposita est edicto prætoris adversus aliquem solum ex dolo ejus, sive quid inde ad eum pervenerit, sive non pervenerit. Ac de eo genere tenenda hæc regula quæ indicatur ab Ulpiano in *L. hujus*, *D. quod fal. tut. auct.* quoties actio in dolum concepta est et factum ita punit, ut sit adversus eum qui deliquit, actio, sive quid ad eum pervenerit, sive nihil: hanc pœnalem esse: ideo nec in heredem dari, nec in ipsum auctorem ultra annum. Dicitur autem in dolum concepta, quæ ex eo solum datur, quod quid dolo malo factum est: ut hic actio ex dolo solo descendat, non etiam ex contractu: qualis est actio de dolo. Nam quæ ex contra-

tractu est et negotio gesto, quanvis in eo dolus versetur, tamen rei persecutionem habet, et est perpetua, eademque datur in heredem. *L. si hominem*, §. 1. *D. dep. L. ex contractibus*, *D. de obligat. et action.* Sed etsi ex maleficio erit, nec detur nisi adversus eum, qui aliquid dolo malo fecerit: si tamen erit de eo solum quod ad eum pervenit: similiter non erit pœnalis. Non enim factum punit; quod alterum exigit Ulpianus: et ideo non punit, quia repetit tantum, quod ad eum cum quo agitur, pervenit, cujusmodi sunt actio rerum amotarum, et condictio furtiva. Quod si utrumque concurret, ut nascatur solum ex dolo, sitque adversus eum ad quem etiam nihil pervenit, Ulpiani definitio est hanc esse pœnalem

XII. Quod et multis exemplis confirmatur. Hinc enim actio de dolo pœnalis, ut nec detur in heredem, nec in eum qui dolum admisit, ultra annum. *L. in heredem*, et *LL.* seqq. *D. de dol.* In eadem caussa hæ, quæ ob dolum solum dantur, etsi sint actiones in factum, non de dolo. Actio adversus falsum tutorem, qui auctor factus est. *d. L. hujus*, *D. quod fal. tut. auct. gest.* Actio adversus eum, qui dolo fecit, quominus quis judicio sisteret. *L.* 1. §. *ult. D. de eo per quem fact. erit.* Actio adversus eum, qui vim fecit, quominus in possessionem veniret, qui in possessionem missus est: *L.* 1. §. *ult. D. ne vis fiat ei*, *qui in poss. mis. est.* Actio adversus eum, qui rem alienavit judicii mutandi caussa. *L.* 5. in fin. *L.* 6. *L.* 7. *D. de alien. judic. mutand. caus. fact.* Actio de peculio quatenus de eo est, quod dominus aut pater dolo fecit, quominus in peculio esset. *L. quæsitam*, §. *ult. D. de pecul.* Actio tributoria, quæ ita comparata est, ut sit in eum solum, cujus dolo malo factum est, quominus merx peculiaris ita tribueretur, uti edicto cautum est. *L. illud*, §. 1. *D. de trib.* inde est, quod in ead. *L. Illud*, §. *ult.* dicitur hæc actio et perpetuo et in heredem dari: sed de eo dumtaxat, quod ad eum pervenit: ut intelligamus extra id quod pervenit, neque ultra annum, neque in heredem dari, ex regula superiore. Nam de eo quod pervenit, ideo utrumque contra est, *quia* ut subjicitur in *L. quia seq. D. de trib. non de dolo est*, intellige actenus *sed rei persecutionem continet.* Optima ratio, et proposito valde conveniens secus quam putavit Accursius; quia et actio de dolo, quæ de eo est quod ad eum pervenit, non minus perpetua est, nec magis in heredem datur; *L. in heredem*, et *LL. seqq. D. de dol.* non alia de caussa utrumque admittit, quam quod eatenus non datur tanquam ex dolo, sed ideo quia rei persecutionem continet. *L. itaque*, in fin. *L. Sabinus*, *seq. D. de dol.* Id autem in tributoria ita interpretandum esse, ut dixi, ut extra id quod pervenit nec detur in heredem, nec sit perpetua, scire licet ex *d. L. quæsitum*, §. *ult. D. de pecul.* Cur ergo hujusmodi actiones pœnales habentur, cum persequantur id quod agenti abest, et in summa quæ abest, hanc solam, nihil autem amplius? Quia præter hanc persequuntur nihilominus, quod sit amplius: pœnam delicti videlicet, qua fit, ut Ulpianus loquitur, ut factum etiam puniant. *d. L. hujus*, *quod fal. tut. auct.* Hæc autem pœna duplex est. Una dedecus et infamia, quæ parata est ei, qui ob id solum tenetur et damnatur, quod dolum admisit. Actio quidem de dolo jure certo famosa est *L.* 1. §. *ait*, *D. de dol. L.* 1. *D. de his qui not. inf.* Cæteræ autem superiores in factum tantum, quæ non ita infamiam irrogant damnato. Sed non minus ex his damnatio secuta infamiam adjunctam habet. Recte enim Julianus, *licet verbis edicti non habeantur infames ita condemnati*, *re tamen ipsa opinione hominum non effugiunt infamiæ notam. L.* 1. *D. de obs. par. et patron. præst.* Altera pœna est in eo, quod qui supra scriptis actionibus tenetur, ita tenetur etsi nihil ad eum pervenerit. In quo inest haud dubie pœna, cum actio ex maleficio est. Quod de actionibus in dolum conceptis supra diximus, idem et de interdictis unde vi et quod vi aut clam intelligendum est.. Comparantur enim hæc cum actione de dolo in *L.* 2. *L. licet*, *D. de obs. pars. et pat. præst.* Et recte comparantur: quoniam in vi et in eo quod clam fit, dolus est: ex quo damnatus in eamdem infamiam incidit, pariterque illam pœnam subit ut non minus teneatur, etsi nihil ad eum pervenerit. Et hoc in interdicto unde vi ita constitui videmus. Nam cum is qui dejectus est, sæpe persequatur hoc interdicto possessionem sibi ablatam, item res suas quæ ibi fuerunt, cum dejiceretur; quo nomine et interdictum propositum est: *L.* 1. *D. unde vi.* Tamen quia persequitur ex maleficio, et persequitur ab eo etiam ad quem res non pervenerunt, placuit intra annum tantum dari, nec dari in heredes, nisi de eo quod pervenit *L.* 1. §. *annus*, §. *ult. D. unde vi.* Idem et de interdicto quod vi aut clam, placuit eadem de caussa, in *L. semper*, §. *hoc interdictum*, *D. quod vi aut clam.*

XIII. Una actio in hoc genere præcipua ani-

animadversione indiget, ea quæ datur adversus mensorem. Et hæc ob solum dolum mensoris in eum datur. *L.* I. §. I. *D. si mens. fal. mod. dix.* Quam ob caussam etiam tanquam quæ ex superiore definitione sit pœnalis, placet in heredem non dari *L.* 3. §. *pen. D. eod.* Quæ si rei persecutionem contineret, et heredibus daretur, et in heredes. *L. si pro fure*, §. *ult. D. de condiction. furtiv. L. quia, D. de trib.* Et tamen in *L.* 4. *eod.* eadem dicitur esse perpetua, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem acceperit. Quod nihil aliud est, quam actenus non esse pœnalem: quia alioqui non daretur ultra annum *L. in honorariis*, *de obligat. et action.* Ex quo apparet hoc dici, hanc actionem adversus heredem extimari pœnalem; adversus mensorem autem rei persecutionem continere. Cur ergo in heredem existimetur pœnalis esse, quæ adversus defunctum non est pœnalis? Quia cum agitur cum defuncto, ambigi potest sitne actio ex negotio ab eo suscepto, an vero ex dolo. A circumscriptione esse quis dixerit; quia non aliter datur in mensorem, quam si quid dolo fecerit, *d. L.* I. §. I. *si mens. fals. mod. dix.* Rursum dixeris esse potius a negotio suscepto, quia circumscriptio secuta a suscepto negotio originem accepit, ut est in *d. L.* 4. *eod. tit.* Hinc videndum, in re dubia utrum potius sumatur. Et recte dixerimus in mensore id accipiendum, quod decipienti noceat: in herede autem, a quo dolus abest, quod ei prosit. Cui consequens est nimirum superior distinctio. Dicemus ergo in mensorem actionem sic accipiendam, quasi sit ex dolo tantum, ut est re vera: quoniam ita eventurum est ex definitione superiore, ut actio sit pœnalis, ac propterea in heredem non detur; quod illi prodest.

XIV. Ac quæ actiones ex obligatione temporales sint, id est intra certum tempus ab initio datæ; quæ perpetuæ, id est quæ sine præfinitione temporis initio datæ sint, sic tamen ut ex constitutionibus finem certum acciperent postea, intellectum puto. Sequitur, ut quoniam omnibus aliquod tempus præfinitum esse constat, quodnam id sit in singulis, videamus. Et certe inutile est ad finiendam tempore obligationem nosse, esse aliquod tempus quo finiatur nisi hoc ipsum noximus, quo finiatur. In quo de utroque non longa nec difficilis constitutio est. Ac de temporalibus sic habendum. Omnes actiones quæ intra certum tempus propositæ sunt quas vere et proprie temporales appellamus, has temporum varietates habent, neque plures, ut aut intra biennium dentur, aut intra annum, aut intra sex menses. Intra biennium una est actio de dolo. *L. ult. C. de dolo.* Intra sex menses una redhibitoria. *L. sciendum*, §. *ult. D. de ædil. ed.* Intra annum reliquæ omnes, sive rei persecutionem contineant, sive pœnæ. Priori generi exemplo sunt Pauliana, et quanto minoris. *L.* I. *D. quæ in fraud. credit. d. L. sciendum*, §. *ult.* De pœnalibus diserte traditum in *d. L. in honorariis*, *D. de obligat. et act.*

XV. De perpetuis quas minus proprie ita vocamus, ita hac parte jus est, cum initio simpliciter legibus aut edictis propositæ perpetuæ fuerint, postea eas constitutionibus Principum certum finem accepisse, idest certum tempus quo et ipse finirentur. *d. L. sicut*, *C. de pres.trig. vel quad. ann.* Id tempus esse quidem longissimum, utpote quod cum minimum excedat triginta annos: sed ut in superiore specie, ita hic quoque non esse unum. Actionibus hujus generis perpetuis [3] præfiniuntur legibus alias centum anni, alias quadraginta alias triginta dumtaxat. Atque hæc tempora pro ratione personarum creditorum, aut facti divisa. Nam pro conditione personæ aliud datum est civitatibus, aliud Ecclesiæ, aliud privatis.

XVI. Civitatibus constitutione Justiniani centum anni dati, intra quos his agere liceat de rebus ad civitatem pertinentibus; ut non nisi post id spatium excludantur, quominus recte agant. Hoc in *L. ultim. C. de sac. eccl.* Idem tempus eadem constitutione tributum erat Ecclesiis. Mutatum id postea ejusdem principis Novellis constitutionibus, et relicti Ecclesiæ dumtaxat quadraginta anni, post quos illa si agat, placet eam excludi. Hoc in *Novel. hæc Constitutio*, innov. *Constitut. quæ* item in *Novel. de eccl. tit.* §. *pro temporalibus.* Reliquis, quo in numero sunt privati, item fiscus, generaliter dati triginta anni, ultra quos agere non liceat. *L. sicut*, *L. omnes*, *C. de præs. trig. annor.* Iterdum pro genere facti quod a creditore processit, augetur omnibus tempus, ut quanvis

3) Dicuntur tamen adhuc perpetuæ, vel quia sæpius retinetur nomen vi amissa; vel quia anni 30. 40. etc. justa videri debet ætas et vita. Perpetuum autem quod ad vitam hominis *L.* 1. §. *penult. de off. præf. urb. L.* 2. *C. de his qui latr.* A. Gentil. *de Div. temp. appell. C.* 9. Elapso autem hoc tempore ipso jure tutus est, qui præscripsit, Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 6. Et exceptio præscriptione non objecta judicis officio suppleri potest. *Nov. Elect. Sax.* 25. *P.* 1.

vis iam prope ad metam centum, quadraginta, aut triginta annorum pervenerint, si tamen id fecerint, quod intelligi volumus, adjiciantur quadraginta anni, intra quos liceat agere. Id factum tale est, si creditor quandoque judicio egerit cum debitore de eo quod debetur, et litem cum eo sit contestatus: Hic Justiniani constitutio est, ut si idem deinde sive voluntate, sive casu litem cœptam omiserit, deinceps illi [4] perpetuetur actio ad quadraginta annos insequens, ex eo numerandos, ex quo novissima cognitio processit, postquam utraque pars in lite cessavit. Hoc in *L. ult. C. de præs. trig. vel quad. annor.*

XVII. Quibus cognitis, legitimum numerum annorum et mensium, qui cuique actioni præstituti sunt, tenemus. Nondum tamen legitimum tempus præstitutum omnibus plane tenemus. Id ex annorum et mensium varia conditione accidit. Nam annus et mensis in usu juris duplex est, unus continuus; alter utilis. Continuus dicitur, cui constat suis justis diebus continuis. Utilis, qui constat iisdem diebus, sed utilibus. Dicti sunt autem nostris utiles dies, qui sunt utiles ad agendum: id est quibus is cui actio est, agere potuit, et ut in edictis prætorum circumscriptio est, quibus experiundi potestas fuit: ut quibus quis agere non potuit, vel quia prohibetur conditione personæ, vel quia his jus non dicitur, vel quia adversarius secum agendi potestatem non facit, hi in hoc numero non habeantur. *L.* 1. *D. de diver. temp. præscr. L.* 2. *D. de succes. ed.* Quæritur igitur etiamnum ex hac distinctione, utrum annum aut mensem hic accipere debeamus, continuumne, an utilem. Dicemus ubique utilem accipi, nisi si qua lege de continuo anno aut mense [5] nominatim comprehensum est. Et quod ad universum illud spatium longissimi temporis attinet, quod actionibus perpetuis postea præfinitum est constitutionibus: puta triginta aut quadraginta, aut centum annorum: quia abunde sufficit id tempus ad jus suum persequendum: ideo visum est in eo sufficere annos continuos, neque utiles exiguntur: quod significant constitutiones, cum has actiones, volunt tot annorum jugi silentio finiri: est enim juge continuum. *d. L. sicut L. omnes, C. de præscr. trig. vel quadrag. annor.* In temporalibus autem actionibus una est actio de dolo, in qua ut pro anno vetere utili biennium datum est; ita id biennium nominatim continuum esse placuit. *L. ult. C. de dol.* In cæteris utiles menses, utilem annum, intra quem dantur, ubique accipere debemus. Et de his nominatim quibusdam edictis et aliis locis expressum est, ut de Pauliana in edicto *L.* 1. *D. quæ in fraud. cred.* de redhibitoria, et actione quanto minoris in *L. sciendum*, §. *ult. D. de ædil. ed.* Sed ne eo minu idem tempus intelligendum utemus, ubi de eo nihil aperte adjectum legimus: sciamus etiam tunc cum actio intra annum simpliciter datur edicto, edictum sic accipi, ut intelligatur annus utilis. Quod in interdicto unde vi licet videre. Sic enim proponitur in edicto quod exstat in *L.* 1. in princip. *D. unde vi*, ut polliceatur prætor se id interdictum daturum tantummodo intra annum. Ulpianus autem id interpretans annum utilem accepit. Annus, inquit, in hoc interdicto utilis est. *d. L.* 1. §. *annus*, *D. unde vi.* Sed et plerisque locis simpliciter legimus actionem intra annum, aut minus tempus concludi, de qua tamen ex aliis locis constat competere eam intra id tempus utile. Ut rescissoria dicitur anno finiri in *L. in honorariis*, *D. de obligat. et act.* at annus hic utilis fuit jure veteri. *L. ultim. C. quib. ex cau. ma. L.* 1. in fin. *D. eod.* Item de redhibitoria et actione quanto minoris scriptum est in *L.* 2. *C. de ædil. act.* ut prior dicatur simpliciter sex mensium temporibus, posterior anno concludi, nec quidquam adjicitur præterea. Cum tamen sciamus illam intra sex menses utiles, hanc intra annum utilem dari, quod diserte scriptum est in *d. L. sciendum*, §. *ultim. D. de æd. ed.* Sic et injuriarum actio in *L. si non convicii*, *C. de injur.* dicitur annuo tempore præscripta esse, id est circumscripta et definita. Quæ tamen alibi exolescere anno utili. *L. item si.* §. *in caussa*, *D. quod vi aut clam.*

XVIII. Atque hoc modo nobis definitum sit totum legitimum tempus, intra quod omnes personales actiones conclusæ sunt; tam tem-

4) Vid. *supra Lib.* 5. *C. ult. N.* 8. add. Tiraq. *de Retr. Lignag.* §. 1. *Gl.* 10. *n.* 77. *et seq. et n.* 85. ubi aliud esse tradit si litis contestatio invalida, Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 3. *C.* 1. Hortens. *ad L.* 29. *de Novat. p.* 570. *et seq.* P. Fab. *ad L.* 86. *et seq. et ad L.* 139. *de R. I.* Perpetuantur et actiones jurejurando, vide *de Jurejur. C.* 9. *infra Lib.* 24. Et fidejussoris datione *Gl. sing. in L. cum quis* §. *si quis de fidejuss. ref.* Hering. *de Fidejuss. C.* 15. *n.* 44. Præscriptio Saxonica, an litis contestatione vel citatione interpelletur, vid. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 28.

5) Contra Coler. et DD. *comm.* vide *supra Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 3. *N.* 1. Vide de tempore continuo ac utili, Beust. *ad L.* 9. §. 3. *de Jurejur. n.* 5. *et seq.* Zas. *in L.* 1. *de Div. temp. præscr.* A Gentil. *de Div. temp. appell. C.* 14. Rad. Forner. 2. *Rer. Quotid.* 14.

temporales, quæ ab initio intra certum tempus sunt propositæ; quam eæ, quas ab origine perpetuas dicimus: idque sive annorum, et mensium numerum quæramus qui hic constitutus est; sive ipsorum annorum aut mensium conditionem, ut aut continuos annos accipiamus, aut utiles. Invento legitimo tempore actioni præfinito, restat ad liberationem quam hic quærimus, ut vis ejus temporis adjecti spectetur. Eam esse diximus, ut hoc tempore finito finiatur quoque obligatio et actio, quæ intra id tempus constituta est. In quo duo occurrunt deinceps, quæ quærantur. Unum, quando id tempus finiatur. Alterum, exacto eo tempore, quomodo obligatio seu actio tollatur, utrum ipso jure, an exceptione et præscriptione temporis. Et in omnibus actionibus personalibus sive temporales sint, sive perpetuæ, ut nunc perpetuas vocamus, tempus his præstitutum finiri intelligitur, cum recte cœptum unde oportebat, ita ad finem pervenit, ut ultimus ejus temporis dies non inciperet tantum, sed etiam finiretur. Ita constat hoc tempus et initio unde cedat, et fine in quem desinat: neque enim desinere potest, nisi alicunde cœperit. Initium omnis temporis actioni cuique præstituti non cedit, seu numerari non incipit, nisi ex eo die, quo primum creditor agere potuit. Et ideo si obligatio contracta est sub conditione, tunc tempus constitutum initium accipiet, cum conditio exstiterit. Si obligatio erit in diem, tunc cedet, cum dies venerit. Sic enim utroque tempore agi posse incipit. *L. cum notissimi*, §. *illud.*, *C. de præscr. trig. vel quadrag. annor.* Sed etsi præsens erit obligatio, quia pura, si tamen creditor in ea caussa erit, ut per conditionem personæ, vel ætatis agere non possit, aut non posse existimetur, placet adversus eum tempus non cedere, nisi ex quo actionem movere potuerit. Hac de caussa si quid debeatur filiofamilias, quia tantisper dum in potestate est, non potest suo arbitrio movere actionem, constituit Justinianus non ante cedere adversus eum præscriptionis tempus, quam potestate patris liberatus fuerit. *L.* 1. §. *ult. C. de an. excep.* Hac ipsa de caussa constitutum ab eodem Justiniano, ne cedat tempus adversus minores, sed tunc demum, cum qui minores erant, vicesimum quintum annum excesserint. Quasi nec ante per infirmitatem ætatis satis recte agere possint. Hoc in *L. ult. C. in quib. caus. in int. restit. noc. non est.*

XIX. Finis autem hujus temporis recte cœpti is est, qui describitur in *L. in omnibus*, 6. *D. de obligat. et actio.* ut in omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies impleatur, non finiat obligationem. Et ideo si cui actio temporalis est intra annum, si cui actio perpetua intra triginta annos, aut amplius, is etiam postremo ultimi anni die recte aget; quanvis verum sit, cum ad ultimum anni diem ventum est, nihilominus annum totum esse completum. *L. anniculus non statim*, *D. de verb. obl.* Hoc ideo, quia omnis actio in personam datur non intra annos aut menses tot completos, sed simpliciter intra annum, aut intra annos, aut intra menses tot. Verum est autem eum agere intra annum, aut intra mensem, qui agit ultimo anni ejus aut mensis die, quoniam omnes anni dies sunt intra annum, omnis mensis dies intra mensem. Quemadmodum intra Calendas etiam ipsæ Calendæ sunt. Ratio Ulpiani in *L.* 1. §. *si. intra*, *D. de suc. ed.* Aliter observatur in actione in rem: quæ cum finiatur tempore, veteri domino re ab alio usucapta per decem, aut viginti annos: placet eam finiri, non cum ultimus anni decimi aut vicesimi anni dies finitus est, sed cœptus tantum. Nam is qui usucapit, perficit usucapionem, cum legitimum ad usucapiendum tempus complevit: implet autem, cum aut ultimum ejus temporis diem pervenit, cœptum tantum, non finitum: quia annum civiliter non ad momenta temporum, id est horas, sed ad dies numeramus. *L. anniculus non statim D. de verb. signif.* Idque est quod dicitur, in usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computari. *L. in usucapionibus*, 6. *D. de usurp. et usuc.* Computatur enim possidenti ut ei prosit ad usucapionem implendam, quanvis cœptus sit tantum, non finitus: et ita prodest totus. Quod si ita usucapio impletur, res videlicet usucapienti isto modo acquiritur: acquisita, prioris domini esse desinit. Re autem veteri domino amissa, sequitur, ut illi finiatur eodem tempore in rem actio; quæ non potest competere nisi domino. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Ita fit, ut si is cujus res usucapi cœpta erat, de re sua agat ultimo die anni decimi, aut vicesimi, intra quod tempus res usucapienti addicitur priori domino adempta, excludatur actor, quanvis cœptus sit tantum dies non finitus.

XX. Differentiæ ratio est, quam pluribus exposui supra sub *Tit. De fisci traditione*, *deque præscriptionibus longissimi temporis*, quod non ut in temporalibus actionibus actio intra annum aut aliud tempus simpliciter datur,

tur ita de re usucapienda datur in rem actio veteri domino simpliciter intra decem aut viginti annos; sed cum adjectione, intra decem et viginti annos, quibus res ab alio possessa, usucapta non erit. At usucapitur res cum legitimum usucapionis tempus impletum est: Impletur autem cum possessor postremum anni diem attigit tantum, non finivit. Ita necesse est etiam tum verbis superioribus actionem in rem veteri domino finiri. Ex quo apparet verbis ipsis legum de tempore harum actionum constituentium hanc differentiam induci inter actiones personales, et actiones in rem temporales. Superiorem autem definitionem *L. 6. D. de obl. et act.* quæ finitum diem novissimum exigit, ut finiatur actio, scriptam esse de actionibus in personam verbum obligationis quo utitur, indicat. *Nisi totus*, inquit, *novissimus dies finitus sit, non finit obligationem.* Non nascuntur ex obligatione actiones, nisi eæ quæ sunt in personam, §. 1. *Inst. de act.*

XXI. Quod reliquum est, finito legitimo tempore, intra quod actiones conclusæ sunt, finitur et ipsa actio, sive ea ab initio temporalis est, sive perpetua. Sed finitur dissimiliter: temporalis ipso jure: perpetua non nisi præscriptione temporis summota. Temporales, ut jam monui, eas proprie dicimus, quæ lege ipsa qua constitutæ sunt, nominatim intra certum tempus dantur. Eas transacto eo tempore ipso jure ita finiri dicimus, ut post id tempus nullæ sint. Id satis declarant illa verba *d. L. in omnibus*, de obligat. et act. *in omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.* Id enim exprimunt si is totus dies completus sit, finiri obligationem. Dicitur in usu juris res quæque finiri, quæ suo tempore ita finitur, ut plane tollatur, extinguaturve. Sic dicitur ususfructus finiri in §. *finitur*, *Inst. de usufr.* Sic finita pignoris obligatio in *L. eleganter*, in pr. *D. de pig. act.* Sic dies finita in contractu, cum ita finita est, ut nulla amplius jure supersit. *L. si finita*, in princip. *D. de dam. inf.* Quod et in actione temporali quæ dicitur simpliciter finita, intelligendum est: Idque etiam ratione juris certo efficitur. Nam actio nulla est, quæ non datur jure civili aut prætorio. Omnes enim obligationes et actiones aut civiles sunt aut prætoriæ. §. 1. *Inst. de obl. L. actionum*, §. *ult. D. de obligat. et act.* At quæ actiones lege aut edicto dantur dumtaxat intra annum, aut aliud certum tempus, palam est eas ultra id tempus lege aut edicto non dari. Quare post id tempus, seu finito eo tempore eodem illo jure nullæ sunt. Perpetuæ actiones non sunt in eadem causa. Hæ finito eo tempore, intra quod postea conclusæ sunt, finiuntur illæ quidem: alioqui non recte diceretur, constitutiones sacras his actionibus certos fines dedisse, quod scriptum est *Institut. de perp. et temp. act.* in princip. sed finiuntur hæ non ipso jure, verum præscriptione triginta, vel quadraginta, aut centum annorum. *d. L. sicut. L. omnes*, *C. de præsc. trig. vel quadrag. an.* Est autem præscriptio temporis eadem, quæ dicitur temporalis exceptio. *d. L. omnes*, *de præs.* 30. *vel* 40. *an. L.* 1. §. *ult. C. de an. exc.* id est exceptio quæ tempore, seu ob diuturnum silentium creditoris, et spacium temporis quo actum non est debitori parta est, et tributa constitutionibus. Itaque post triginta aut quadraginta annos durant nihilominus jure ipso hæ actiones: sed qui aget, opposita præscriptione temporis repelletur. Differentiæ ratio est, quod cum actio ab initio intra certum tempus legibus datur, post id tempus amplius non datur ulla lege, ut ante ostendimus. Tales sunt autem, quas diximus temporales. Quæ autem prioribus legibus semel datæ sunt simpliciter et sine ulla præfinitione temporis, quæ inde ab initio perpetuæ factæ sint, eæ ideo manent perpetuæ, quia priores leges posterioribus hic tempus præfinientibus non tolluntur. Nam de posterioribus legibus ita traditur, etiam posteriores leges ad priores pertinere, nisi contrariæ sint. *L. sed et posteriores*, *D. de leg. et sen.* Quod hanc significationem habet, ut posteriores leges sic accipiendæ sint, quasi priorum pars essent, ita ut una lex alteram non tollat, sed altera ab altera interpretationem accipiat, atque ita ambæ salvæ sint, quod natura rerum constitutarum patitur. Secundum hanc sententiam, cum actiones perpetuæ prioribus legibus in perpetuum datæ sint, posterioribus conclusæ intra certum tempus: has leges ita servari oportet, ut quam minimum fieri potest, detrahatur prioribus: et tamen si quid detrahi necesse est, quod posteriores valeant, eatenus detrahatur. Id vero in specie proposita ita recte fieri visum est, si ex prioribus legibus actiones simpliciter datæ sint perpetuæ ipso jure: ne autem posteriores leges frustra finem his dederint, quod ante jure valuit, id per exceptionem infirmetur.

XXII. Quæret aliquis, quid intersit, jure ipso finiatur tempore actio, an per exceptionem et præscriptionem temporis infirmetur, cum regula juris traditum sit nihil interesse,

utrum

utrum horum fiat. *L. nihil interest, D. de reg. jur.* Et sane exceptione opposita nihil interest: Ea autem non opposita si quid de re debita, deque actione convenerit, interest etiam re ipsa plurimum. Nam si quis creditor Pauliana actione, aut ali quæ intra annum dabatur, intra annum non egerit, deinde paciscatur cum debitore, ut iterum sibi agere liceat, aut debitor bonam fidem agnoscens se idem soluturum constituat: inutilis pactio est, neque inde ulla actio creditori nascitur. Non vetus, quam sublatam ipso jure diximus: Non nova; quia secundum regulas juris expacto nudo actio non oritur de eo, quod ante debitum non fuit. In perpetua actione contra eveniet, ut si is cui hæc actio competebat, non egerit intra triginta annos, deinde paciscatur cum debitore, ut sibi de eadem re agere liceat, utilis sit pactio. Non sane quia hic magis nascatur actio ex pacto, quam prius quod jus vetat; sed quia etiam ante pactionem vetus mansit actio jure ipso, quæ nunc pactione adversus præscriptionem temporis servatur integra. Nam si creditori veteri actione recte agenti opponetur præscriptio temporis, exceptio pacti conventi vel doli mali replicatione elidetur. Hæc Paulus id istam sententiam in *L. si unus*, §. *pactus*, *D. de pact.*

XXIII. Sed quocunque modo placet actionem tempore legitimo finiri, sive ea temporalis est ab initio, sive perpetua: id unam hanc exceptionem communem habet, ut finiatur, nisi cursus, et præscriptio legitimi temporis fuerit interrupta, de quo et jam ante in universum scripsi, quod pertineret ad omnes temporis præscriptiones, tam quæ adversus actiones in rem sunt, quam quæ in personam. Sub *Tit. De fisci traditione*, *deque præscriptionibus longissimi temporis.* Nunc quantum huic loco sufficiat paucis perstringam. Interrumpitur hic cursus et præscriptio legitimi temporis a persona quidem creditoris, partim facto ejus, partim conditione sola personæ: a persona autem debitoris, debiti agnitione. Factum creditoris ad interrumpendam omnem temporis præscriptionem idoneum duplex est: conventio judicialis, et hypothecæ justa detentio. Conventio judicialis est, non solum tunc, cum creditor judicio expertus eo usque processit in conveniendo reo, ut litem cum eo contestaretur; quæ omnium certissima est curriculi cœpti interruptio: *L. cum notissimi*, §. *immo*, *C. de præscr. trig. an.* sed etiam cum in jus solum vocavit, uti oportet, nempe per apparitorem. Quod simul atque factum est, etiamsi ultimo die tricesimi anni factum sit, interrumpitur totius præcedentis temporis præscriptio. *d. L. sicut*, vers. *nec sufficiat*, *C. de præs.* 30. *vel* 40. *an.* unde et novi triginta anni competere incipiunt. Quod si etiam litis contestatio secuta sit, a quacunque litis cognitione postea actor cessaverit litem prosequi, inde etiam quadraginta anni accedent. *L. ult. C. de præs.* 30. *vel* 40. *ann.* Justa detentio hypothecæ est, cum creditori pro debito hypotheca data est: hanc si sine vi tenuerit, fit hac detentione interruptio præcedentis temporis: propemodum non aliter, quam litis contestatione. *d. L. cum notissimi*, §. *immo*, *C. de præs.* 30. *vel* 40. *ann.* Et recte. In hujus enim hypothecæ detentione creditor quodammodo obligationem possidet: quam possidens, debitoris in ea obligatione possessionem interrumpit. Conditione sola personæ creditoris præscriptio quanvis recte cœpta interrumpitur, cum creditor adversus quem præscriptio cœpta erat, decessit relicto impubere herede. Adversus impuberem nulla currit præscriptio, etiam si sit triginta aut quadraginta annorum, idest præscriptio longissimi temporis. Constitutum in *d. L. sicut*, vers. *nec sufficiat.* Quod si is creditor decesserit non pupillo, sed minore adulto herede; si quidem præscriptio est pauciorum annorum, quam triginta, dicemus ne adversus hunc quidem præscritionem currere, proinde et spatium præcedentis temporis interrumpi. Sin præscriptio est triginta annorum, aut amplioris temporis, placet hanc semel recte cœptam quanvis interveniente minoris persona non interrumpi, sed adversus eum constanter currere. Hoc in *d. L. sicut*, vers. *nec sufficiat.* A persona debitoris interrumpitur præscriptio temporis, cum is ad agnoscendum debitum secundam cautionem in creditorem exposuerit. Hoc in *L. cum notissimi*, §. *sed etsi quis*, *C. de præs.* 30. *vel.* 40. *ann.*

CAP. IX.

De solutione. Solutionem esse naturalem præstationem rei, et ejus debitæ. Aliud pro alio invito creditore solvi non posse.

Facto contrahentium tollitur obligatio, aut delicto creditori, et quali; aut solutione debitoris; aut consensu utriusque. I.

Solutionis verbum generale omnem liberationem complecti; sed tamen generis nomen ad præstationem rei debitæ contrahi juris usu. II.

Posterioris hujus significationis ratio. III.

Solutio quid sit. Tres definitionis partes, et quæ. IV.

Eadem in præstatione consistit, a quibus differat isto nomine. Præstandi verbum quid significet. V. VI.

Rursus in præstatione ejus quod debetur. Res præstita solvendi caussa, solutio vera non est duobus modis. VII.

1. *Cum quis indebitum solvit.* VIII.

2. *Cum quis solvit invito creditori aliud pro alio.* IX.

Sive in rebus, sive in factis. In rebus aliud pro alio vel specie, vel forma, vel jure rei ipsius. Exempla. X.

In factis aliud pro alio duplici modo; qualis uterque. Ex neutro vera solutio. XI.

In quibus factis aliud pro alio valeat ad solutionem. XII.

Aliud pro alio solvitur volenti creditori; si tamen soluta res fiat accipientis. XIII.

Alias vetus actio manet; aut evicta re datur utilis ex emto. XIV.

Utra sit commodior aut tempore, aut efficacia. XV.

Aliud pro alio recte solvitur vel invito creditore aut propter ipsius commodum, vel propter jus debitoris. XVI.

Jus debitoris ex lege, testamento, vel conventione. Quomodo ex lege. XVII.

Item quatenus ex testamento, aut conventione. XVIII. XIX.

I. Hactenus genus illud liberationis, quo tollitur obligatio sua sponte etiam invitis iis ad quos ea res pertinet: quod primum initio posuimus. Erat ex duobus propositis alterum, quo istorum ipsorum facto atque opera obligatio tollitur. Tollendæ hoc modo obligationis ratio aut extraordinaria est, aut ordinaria. Extraordinaria una, creditoris delictum, pecuniam aut rem sibi debitam vi [1] auferentis: placet enim hunc jus crediti eo facto amittere: quod non aliter fit, quam debitore liberato. *L. extat, D. quod met. cau.* Ordinariæ liberationis hujus generis species duæ: Aut enim isto modo solutione tollitur obligatio, et si quæ facta sunt, quæ solutionis vicem habent, aut dissolvitur consensu. Solutione ejus quod debetur, tolli omnem obligationem, definitio est juris certi, tradita *Inst. quib. mod. tol. oblig.* in pr. Sed hic solutionis effectus est: de quo postea: ante caussam ipsam hujus liberationis statui oportet, solutionem.

II. Solvendi verbum in usu juris varie usurpatur. Nam et ad personam obligati refertur, et ad obligationem, et ad rem obligatione comprehensam. Dicimus enim et debitorem solvi, cum liberatur. *L. decem, D. de verb. obl.* et obligationem solvi, quæ tollitur, quoquo modo liberato debitore. *L. prout*, 80. *D. de solut.* et rem debitam [2] sol-

1) *L. 7. ad L. Jul. de vi privata.* Qua de re fuse Menoch. *Recup. Poss. Remed.* 4. Item si ægrotantis et animam agentis domum ingressus signa rebus imponat etc. de quo vid. *Nov.* 60. *et ad eam.* Cujac. Quid si ideo quod copia magistratus non haberetur. Idem esse Pileus Modic. *Q.* 87. vid. *infra Lib.* 17. *C.* 2.

2) Lui quoqué dicitur res. At luitio non est simpliciter solutio, sed magis actus, quo quis obligationi eximitur, atque nexu se vindicat. Sic lui dicitur pignus, luere se dicuntur redempti ab hostibus, de quo vid. Rob. 3. *Sent.* 10.

solvi, cum præstatur: ut cum dicimus rem solvendam, pecuniam aut nummos solutos. *L. solutam*, 49. *D. de sol. L.* 4. §. *ait*, *D. de re jud. L. si rem*, §. *omnis*, *L. solutum*, in princip. et §. *solutam*, *D. de pig. act.* item, solutione ejus quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mod. tol. obl.* in pr. In quibus solutionem rei pro præstatione rei accipi palam est. Quo ex usu recte dictum est solvendi seu solutionis verbum et generale esse, et speciale. Nam ad priora duo relatum [3] generale est, ad omnem liberationem pertinens. Quocunque enim modo obligatio quæque contracta est, si quo modo ab ea liberatur debitor, semper eodem illo modo et debitor solvi, et dissolvi obligatio recte dicitur. *d. L. prout*, 80. *D. solutionis*, 54. *D. de sol.* Unde et illud, liberationis verbum eandem vim habere, quam solutionis. *L. liberationis*, *D. de verb. signif.* Relatum autem verbum ad rem promissam apparet specialis esse significationis, ut quo significetur non jam quævis liberatio, sed sola rei debitæ naturalis præstatio *d. L. solutam*, 49. *de sol.* Hinc simpliciter solutio dicta pro solutione et liberatione hujus generis: nomine generis ad speciem hanc per excellentiam contracto: quia ea demum vera obligationis solutio est, cum id præstatur, quod ex obligatione præstari debuit: quandoquidem id solum agit obligatio, ut id præstetur. Unde dicta obligatio vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, id est præstandæ. *Inst. de obl.* in pr. Et tamen cum lex pecuniam solutam exigit, sic hanc ipsam præstationem pecuniæ ex usu verbi significari intelligimus, ut si qua alia liberatio debitoris interveniat, omnem eam ex sententia legis [4] accipere debeamus, quia in solutione rei nihil aliud propositum fuerit legi, quam ut debitor liberaretur quam maxime ex sententia creditoris. Nec dubium est, quin in hanc sententiam potissimum accipi debeat illud, quod dicitur in *L. solutionis*, 54. *D. de sol.* solutionis verbum pertinere ad omnem liberationem quoquo modo factam: magisque referri ad substantiam obligationis (quæ substantia quavis liberatione solvitur) quam ad nummorum solutionem. Ita fit, ut solutionis verbum absolute positum ex usu juris præstationem rei significet: proinde et liberationem specialem, quæ hac præstatione contingit. Vi autem ipsa ex sententia legis contineat omnem liberationem: quia cæteræ liberationes eamdem vim eumdemque effectum habeant. Ut omni modo recte dictum sit solutionis verbum pertinere ad omnem liberationem quoquo modo factam: et liberationis itemque solutionis verba [5] exæquari *d. L. solutionis*, 54. *de solut. d. L. liberationis*, *de verb. signif.* Et hic quidem verbi usus et significatio est.

III. Sed non temere significationis rationem requiris, non cum ad duo priora refertur, sed cum ad rem debitam. Recte enim dicimus et naturæ rei convenienter, debitorem solutum, cum liberatus est, quia obligatione et vinculo quo tenebatur, solutus est: Recte et illud, obligationem esse solutam, quæ liberatione debitoris dissoluta est, ut si vinculum quod nexum erat, solutum dicamus. At quomodo dicatur solvi res, quæ debita præstatur: cum in persona obligati vinculum sit, quo ille obstringitur, in re non sit? solum enim tunc obligatur res, cum pignori aut hypothecæ subjicitur. *L. res*, 5. *D. de pign.* Porro non solvitur, nisi quod est adstrictum. Res sic habet. Res quævis debita non nexa pignori, sane principaliter obligata non est: at per consequentiam videtur eodem vinculo, quo debitor teneri: dum necessitas rei præstandæ obligato imposita cogit eum rem ipsam persequi et parare, ut liberandi sui caussa eam præstet, id est, eam huic ipsi necessitati præstationis subjiciat. Quæ res facit, ut cum ex obligatione res præstatur, etiam ipse priore vinculo et necessitate præstationis liberari videatur.

IV. Hæc de verbo. Res autem ita est. Solutio, de qua nunc quærimus sic recte definiatur, ut sit ejus quod debetur, uti debetur, [6] præstatio. Continet breviter hæc definitio omnia, quæ sunt propria justæ solutionis ad liberationem: proinde vera et recta definitio. Quod partibus ejus sigillatim cogni-

3) Vult. in *pr. I. h. t. n* 3. Modus, inquit. tollendæ obligationis est solutio in genere considerata. Eamque definit omnem actum quo debitor liberatur. Hac enim acceptione etiam præcedentes modos continet.

4) Solutio tamen generalius accepta se habet ad liberationem, ut caussa ad effectum, contractus ad obligationem: Solutio respicit factum, liberatio jus, Vult. *ad pr. Inst. h. t. n.* 3. Cujac. *ad L. 47. de V. S.* Proprie solutio, ait, significat præstationem, seu dationem naturalem pecuniæ vel rei. Et proprie liberatio ad obligationem refertur, solutio ad rem quæ est in obligatione; liberamur obligatione, solvimus rem debitam. Et sejuncta hæc in *h. t. D. de sol. et liberat.* Menoch. 3. *Præs.* 151. *n.* 1. triplicem esse liberationem Naturalem tantum, quæ fit solutione reali, Civilem cui natura cooperatur, quæ confessione creditoris, et Civilem tantum quæ pacto, transactione, acceptilatione.

5) Ita et vulgo, quia reliquæ liberationes eandem habeant potestatem cum solutione nummorum. Sed Briss. *initio Li.* 1. *de Sol.* IC. *in d. L.* 54. non tam effectum quam verborum vim et potestatem spectasse censet. Quæ si origini suæ reddatur, solutio, et liberatio, ait, solo nominis solo differunt *d. L.* 47. *de V. S.* Hoc autem commune nomen suum ac proprium fecit ea liberationis species, quæ numeratione vel alia naturali præstatione contingit.

6) Cujacio 7. *ad Afric. in L.* 38. §. 3. *h. t.* definitur. Ejus quod debetur a se in creditorem, vel alium, cui solvatur recte, abalienatio profecta, Vult. *in pr. I. hoc tit. n.* 8. Ejus quod debetur realis, legitime facta, præstatio.

gnitis, eorumque vi exposita, intelligetur. Exigit igitur hæc definitio ad solutionem hæc tria. Primum, ut quid præstetur, ipsaque hæc præstatio solutio est. Secundum, ut præstetur id quod debetur. Tertium, ut præstetur ita, ut debetur.

V. Principio solutio præstatio est. Id hanc significationem habet, ut non sit solutio, nisi cum id quod debetur, præstatur, et præstatur naturaliter, ut de pecunia soluta scriptum est in *L. solutam*, 49. *D. de solut.* Naturaliter, id est vere, cum scilicet quod verbo dicitur, idipsum in re est natura. Quod et tunc fieri intelligitur, cum pecuniam aut aliam rem debitam creditor jubet in conspectu suo poni solutionis caussa: nam et tunc statim ejus fieri incipit. *L. pecuniam*, 79. *D. de solut.* Itaque si qua liberatio est, in qua nihil præstatur re vera, hæc non est solutio. Hac nota distinguitur solutio ab acceptilatione: quæ alioqui etiam solutio dicitur. §. *item per*, *Instit. quib. mod. toll. oblig.* sed solutio imaginaria: non alia de caussa, quam quod in solutione res præstatur: in acceptilatione nulla rei præstatio intervenit. Hac eadem nota distinguuntur a solutione compensatio, et obsignatio pecuniæ debitæ. Etiam hæc duo posteriora pro solutione habentur, ut dicetur postea suo ordine: sed ideo solutiones non sunt, quia in his nihil præstatur naturaliter et re vera creditori. Ut autem solutio omnis præstatio est, nec ulla est solutio sine præstatione: ita et converso omnis præstatio rei debitæ solutio est: ut intelligamus hoc verbo neque minus, neque plus quam definito contineri.

VI. Prestandi verbum generale est, pertinens ad ea omnia, quæ in obligatione versantur, ut fiant. Omnis obligatio, ut suo loco diximus, aut in eo est, ut quid detur, aut in eo ut quid fiat: *L.* 2. in princip. *D. de verbor. obligat.* et quod idem est, in omni obligatione, omnique debito aut res continentur, aut facta: res ut dentur, facta ut fiant. §. *ult. Instit. eod.* Ad horum utrumque verbum præstationis pertinet. Qui dat, quod ex obligatione dare debuit, præstat. *L. si fundum*, 114. *D. de verbor. obligat.* Et qui facit, quod ex obligatione facere debuit, citra controversiam solvere rem dicitur. *L. si quis aliam*, *D. de solut.* Sed et facta cum præstantur, dicuntur solvi. *L. qui res* §. *mihi Romæ*, *D. eod.* Ita recte dicimus omnem ejus quod fieri debet præstationem, solutionem esse, sive res detur quæ dari debuit, sive quod fieri debeat, fiat. Hoc eo pertinet, ut sive is qui dare debuit, det; sive is qui facere, faciat, intelligamus eum omni obligatione liberari: quia ita sit regula juris, Solutione ejus quod debetur, tolli omnem obligationem. In his autem omnibus præstationibus vera sulutio est, quia vera et naturalis rei debitæ præstatio.

VII. Non quævis præstatio debitoris solutionem habet. Tunc solutio esse incipit, cum secundum illud accesserit, ut præstetur id quod debetur. In quæ verba et superior illa definitio concepta est, quæ efficit, solutione ejus quod debetur, tolli obligationem. Et hoc est; quidquid præstatur, quod non debetur, non solvitur, nec tanquam solutum parit liberationem: Idque obligationis natura facit. Nam si obligatio est vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, nempe ejus quæ in obligatione est, seu quæ ex obligatione debetur: necesse est, quamdiu hæc ipsa res non solvetur, manere obligationem, et idem vinculum quod prius fuit: proinde nec solvi obligationem, nec liberationem contingere. Ut quis quid præstet solvendi caussa, et non præstet, quod debetur, duobus modis contingit: ac totidem modis a re præstita, ne sit solutio aut liberatio.

VIII. Uno modo, si quis quid præstet, qui omnino non debuit: quod contingit iis qui errore indebitum solvunt. Nam qui obligatione prius non tenebatur, is ut se, vel aliam rem ullam obligatione solvat, fieri non potest. Omninoque ubi nulla obligatio est, ibi nulla intelligi potest obligationis solutio: uti nec manumissio a servitute, ubi nulla sit servitus, a qua manumittas. *Instit. de lib.* in princip. Itaque quod in condictione indebiti dicitur repeti indebitum per errorem solutum, toto *Titu. C. de cond. indeb. L.* 1. et passim, *D. eod.* hic solutum [7] abusive dicitur: relatione facta scilicet non ad id quod fit revera, sed ad id quod

[7] Nulla solutio ubi liberatio non contingit; Nec enim facta videri potest nisi vi obligationi exstincta et vinculo dissoluto. Nec liberatio ubi a nexo non fit solutio. Est enim horum verborum significatio ad jura obligationum translata, metaphora ducta a vinculorum constrictione. Unde versus glossæ:

Solvimur a nodo nos dando, vel faciendo:
Solvitur et taurus fune remoto ferus.

Gœd. ad *L.* 47. *de V. S. n.* 1. Male igitur Cujac. *ad d. L.* 47. non omnem solutionem parere liberationem veluti quæ pupillo fit etc. Ea namque non est proprie solutio. At Cujacius propriam se significationem ibi tradere profitetur.

quod debitor errans se facere existimat. Quia enim se debere putat, ideo et quod præstat eo nomine, solvendi animo dat, et se putat solvere, atque adeo opinione sua solvit. Sed vere non solvit, ut dixi, qui præstitit quod non debebat.

IX. Altero modo accidit, ne præstetur quod debetur, cum verus debitor aliud solvit, quam debet. Ideo aliud præstando debitor neque intelligitur solvere, nec si forte ignoranti præstiterit, ea præstatione liberatur. Hinc nata definitio juris certi, aliud pro alio invito creditori [8] solvi non posse. Exstat in *L.* 2. §. 1. *D. si cer. petat.* Finge solutum ignoranti, ut si cum aurum promisisset debitor, ignoranti quasi aurum æs solverit. Non liberabitur: quia re vera nec solutio fuit. *L. si cum aurum*, 50. *D. de solut.* Quid, an condicet, quod ita dedit? Negat Paulus in *d. L.* si cum, *quia*, inquit, *sciens dedit.* Hoc ex regulis de indebiti condictione. *L.* 1. *D. de cond. ind. L. indebitum, C. eod.* Quid ergo, creditor aurum petet, et nihilominus æs datum retinebit? Imo, ait ibidem Paulus, ita creditor aurum petere poterit, ut æs acceptum reddere debeat, alioqui summovebitur exceptione. Nempe doli, quia facit contra bonam fidem, quæ non patitur, ut bis idem exigatur, aut quod idem valet, ut ejusdem rei nomine duas summas consequatur. *L. bona fides, D. de reg. jur.*

X. Pertinet autem superior definitio non ad res tantum debitas, sed etiam ad facta. Ut alia res pro alia invito solvi non potest. *L. manifesti, C. de solut.* sic nec factum pro facto, aut eo soluto liberatio contingere. *L. qui res*, §. *mihi Romæ, D. de solut.* In rebus alia res intelligitur aut specie, aut forma, aut rei jure. Alia res est specie, veluti cum pro Sticho datur Phamphilius, pro pecunia debita fundus, pro fundo pecuniæ, quo in genere certum est aliam rem pro alia solvi invito non posse. *L. si quis aliam, D. de solut. d. L. manifesti, C. eod.* Forma res alia est, veluti cum pro centum nummis aureis mutuo datis redditur pecunia in aliam formam. Quod cum fit, non continuo videtur alia res reddi; sed tamen ita, si quod damnum ex ea re futurum sit creditori: certe hoc casu placet creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere. *L.* [9] *creditorem*, 99. *D. de solut.* Non alia de caussa, ut videtur, quam quod ut alia forma inducit aliud corpus nummorum, ita damnum ex ea mutatione contingens usu etiam ipso et utilitate vere aliam speciem facit. Finge pro nummis aureis reddi minutam monetam, quæ magnam quantitatem efficiat, creditori nimis gravem, aut etiam periculosam. Aut ei qui in sua regione dedisset mutuo nummos illic locabiles, reddi aliam monetam quæ illic non sit usui. Cæterum omni hujusmodi [10] amoto damno, vel ex superiore conditione satis intelligitur nummis certis mutuo acceptis licere debitori pecuniam in aliam formam reddere: de quo scripsi fusius ad *L.* 3. *D. si cert. pet.* Jure rei et translationis alia res est, cum res dari debet, quod non contingit nisi in re propria debitoris, et præstatur aliena, aut pignori obligata, aut quæ in ea caussa sit; ut possit evinci, puta si homine promisso det statuliberum, qui conditione libertatis exsistente in libertatem auferatur. Quibus casibus placet ita debitorem non liberari, ut creditor statim possit agere, nec cogatur exspectare donec res sit evicta. *L. cum quis*, 38. §. *qui hominem, L. qui decem.* 72. §. *pen. L. si rem*, 20. *L. si creditor*, 26. *L. qui res*, 98. in princ. *D. de sol.* Hinc eum qui sic solvit, ut reciperet, non liberari placet: quia prope est ut non videantur nummi alienari, qui sic dantur,

ut

8) Nemo cogitur satisfactionem accipere *L.* 6. §. 1. *Quib. mod. pig. L.* 21. §. *ult. de pec. const. L.* 10. *de pig. act. et sim.* vid. Cujac. *in Nov.* 4. *p. m.* 41. *et seqq.* P. Fab. *ad L.* 95. *de R. I. p.* 440. *et seq.* Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 1. *C.* 20. Jo. Koppen. *Q.* 55.

9) Sic in vulgatis libris *d. L.* 99. incipit et probat Hot. *Ill. Q.* 15. P. Fab. *ad L.* 78. *et seq. de R. I. p.* 357. cum Florentini habeant *debitorem.* Quæ lectio licet vel prima fronte cuivis incongrua videri queat, omnique carens dubio, adstruitur tamen a M. Lycklama *Lib.* 5. *Membran. Eclog.* 21.

10) Damnum verum requiritur. Nec ex nuda affectione res æstimanda, quæ in nummis justam rationem non habet *L.* 3. *de in lit. jur.* quia in eis non speciem intuemur, sed æstimationem, Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 333. Pinel. *in Rub. C. de resc. vend. P.* 1. *C.* 3. *n.* 16. *et seq.* Confer. Coler. *de Proc. exc. P.* 1. *C.* 10. *n.* 14. *et seqq.* Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 5. §. 17. *P.* 17. *et seqq.* Gutierez. *Pract. QQ. Lib.* 2. *Q.* 179. (qui tamen etiam in minutissima moneta solutionem fieri posse censet, modo probata sit, tametsi inde damnum creditori. Sed male.) Gasp. Ant. Tessaur. *in Addit. ad Decis.* 174. Quin imo Covar. *Coll. veter. numism. C.* 7. §. 1. contendit, etsi obligatio concepta sub certa specie monetæ, creditorem, licet alterius materiæ ejusdem æstimationis nummos recipere non teneatur, cogi tamen ejusdem materiæ, sed diversæ formæ et characteris. Quid autem si monetæ bonitas intrinseca vel extrinseca (id est æstimatio) mutata? Quæstio agitata est, quam, etsi libeat, tractare per institutum non licet. Adeat, qui volet Covar. *d. lo. Vasq.* 1. *Ill. Contr.* 2. *n.* 7. Gail. 2. *Obs.* 73. fuse Ant. Fab. *Lib. de Nummor. debit. sol.* Andr. Kinich. *de Sax. non provoc. jure v. Ducum Sax. C.* 5. *n.* 324. *et seqq.* Cothma. *Jur. Resp.* 36. Jo. Koppen *Q.* 2, Jo. Bapt. Costa *de Facti scient. vel ignor. Dist.* 63. Herm. Meirer. *L.* 2. *de Præfer. credit. Tit.* 5. *n.* 18. *et seqq.* vid. et *Nov. Aug. Sax. Elect.* 28. *P.* 2. Confer. Tiraq. *de Retr. lign.* §. 1. *Gl.* 18. *n.* 27. *et seqq.* Sane non liberatur reprobos nummos solvens *L.* 24. §. 1. *de pig. act.* ærosam pecuniam *L.* 102. *pr. h. t.* id est subæratam cui nimium æris admistum, sicut Festus *Lib.* 1. vid. Coras. 1. *Misc.* 9. Cujac. 8. *ad Afric. in L.* 39. *h. t.* Balduin. *ad L.* 12. *tabb.* 5. *n.* 8. Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 334. Brodæ. 10. *Misc.* 17. Jac. Bornit. *Lib.* 2. *de Nummis C.* 2. *in fin.* Nec legendum *in d. L.* 102. ἔδανος, id est merces, ut Alc. 2. *Disp.* 25. nec *erasa*, ut Forcat. *Dial.* 1. *n.* 1. Nec distinguendum an debitor reprobos esse sciverit an nescierit, ut male Pileus Modicens. *Q. juris Controv.* 5. Denique nec pro pecunia massa auri argentive insignata solvi potest, licet contra possit *L.* 1. §. *ult. de auro et arg. Leg.* Pinel *in Rub. C. de resc. vend. P.* 1. *C.* 3. *n.* 14. (Moribus equidem Hispanorum pro pecunia vas argenteum solvi posse testatur Parlad. *d.* §. 17. *n.* 19.) Nec pro frumento pecunia numerata vel contra, vid. Jo. Koppen. *Q.* 25. *et Q.* 55. *n.* 4.

ut recipiantur. *L. qui sic*, 55. *D. de solut. L. aliud est capere*, *D. de verbor. signific.*

XI. In factis aliud factum intelligitur aut ex specie facti, aut ex facientis persona: ut utroque modo nec solutio sit rei debitæ, nec liberatio contingat. Ex specie facti, cum debitor ipse aliud facit, quam promisit: ut, si pictor, qui certam imaginem ex locatione pingere debuit, aliam pingat; si faber pro domo quam debuit ædificare, præstet stabulum, pro navi currum. In quibus verissime illud dicitur, factum pro facto solvi non posse. *d. L. qui res*, §. *mihi*, *de solutionib.* Ex facientis persona, cum fit, quod nomine est idem, sed fit ab alio, agitur autem res, quæ consistit in artificio personæ. Fac mihi convenisse cum artifice, ut ipse ædificaret insulam, et alii fabro ædificandam dedisse: cum pictore, ut quid pingeret, et alium pingere. Non liberabitur, nisi æque peritum dederit: de quo judex cognoscit. Hoc ideo, inquit Ulpianus, quia inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturæ, et doctrinæ, et institutionis. *L. inter*, 31. *D. de solut.* Quid hoc ad rem, quærat aliquis? Nempe eo spectat, ut intelligatur, quod supra posui, si quod artifici alicui commisimus, fiat ab alio; aliud factum videri; quia ut omnium artificum non idem ingenium, eadem doctrina et institutio est; ita necesse est non eadem facta atque opera omnium videri, cum de opere ex arte faciendo agetur. Quo posito et illud sequitur, in his omnibus unius factum pro alterius facto solvi non posse, et si factum sit, liberationem non contingere.

XII. Alia caussa est eorum factorum, quæ non constant arte, sed nudam dumtaxat operam et ministerium desiderant, quale est Romam ire, et similia: hæc ab aliquo promissa non minus commode ab alio expediri possunt, ut et ab alio exhibita liberationem debitori præstent. *L. veteris*, *C. de cont. stip.*

XIII. Animadvertendum autem est, non simpliciter dici aliud pro alio creditori solvi non posse, sed non posse creditori invito. Recte: nam volenti aliud pro alio recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset. *L. manifesti*, *C. de solut.* Quippe volenti non fit injuria. *L. nemo videtur*, *D. de regul. jur.* Quinetiam quo minus id recte dicatur, ne impedimur quidem illa regula superiore, quæ solutioni liberationem tribuens exigit solutionem ejus quod debetur. Nam et cum alia res solvitur, eadem illi res solvi intelligitur. Solvitur quidem alia res specie: sed voluntas ejus eamdem fecit, dum perinde habetur ejus voluntate, quasi eadem res illi soluta esset. Ea re enim contentus fuit, quo et ipso illi satisfactum est. Certi juris est [11] satisfactionem pro solutione esse. *L. satisfactio*, 52. *D. de solut.* Sic tamen et hoc ipsum aliud pro alio volenti recte solvitur, si in eo id fiat, quod fieret in ejus rei quæ debetur, solutione. Hanc dum solvitur, volumus in solidum fieri accipientis. Idem et in ea re, quæ pro re debita solvitur, fieri debere intelligendum est; ut si alia res soluta non fiat accipientis, et quidem in solidum, non pariat ulla in parte liberationem. *L. si quis aliam*, 46. *D. de solut.*

XIV. Cui consequens est, ut cui ita res aliena soluta est, quæ illi ad solutionem dari debebat, ei pristina maneat actio, non tantum qua experiri possit re evicta, quod tum facere eum posse scriptum est in *d. L. si quis aliam.* Sed etiam statim, ut jam ab initio constitit liberationem natam non esse, indicaturque in *L. cum quis*, 38. §. *qui hominem*, *D. de solut.* Idem tamen interdum agere potest re evicta utili actione ex empto: quod tunc receptum est, cum is qui pecuniam debebat, pro pecunia speciem, puta fundum in solutum dedit. *L. eleganter*, in pr. *D. de pign. act. L.* 4. *C. de evict.* Ex empto actio in proposito ideo, quia cum res datur pro pecunia, emptio et venditio contra-

11) *L.* 167. *de V. S.* Satisfactio autem variis modis fit. Nam ad nummorum quoque solutionem pertinet, quia satisfacit qui quoquo modo desiderium creditoris implet *L.* 1. *Qui sat. cog.* Et generatim, ut vis verbi indicat, satisfacere est facere quantum alicui satis est: Sed usitate a solutione sejungitur et modos reliquos continet *L.* 49. *in fi. h. t. et simil.* quas adducit Briss. initio fere *Lib.* 1. *de Sol. p.* 298. Non tamen simpliciter omnis satisfactio vice solutionis. Nam et expromissore aut pignore dato satisfieri dicitur §. 41. *I. de R. D.* sed quia adversarii desiderio plene, juxta obligationis substantiam satisfactum. Hinc Gœd. *ad L.* 47. *de V. S. n.* 2. contendit *in d. L.* 176. adnexa declaratione restringi dictam regulam ad eam satisfactionem, qua fit quod fieri promissum est. Quod non placet. Contextus enim docet asseri ibi potius aliam acceptionem vocis *solutionis* scilicet generalius acceptæ cum ad obligationem, itemque debitorem passive; aliam verbi solvere cum scilicet ad debitorem active et ad rem passive refertur. Solvit qui dat vel facit quod promisit. Solutio tamen contingit et liberatio etiam quando aliud volenti præstatur. Sticho debito, ex. gr. si Pamphilus volenti et admittenti præstetur, recte dicetur soluta obligatio Stichi, non item solutus Stichus. Recte dicetur exsolvisse [illegible], seu solutus esse a præstatione Stichi, (passive) non recte dicetur solvisse Stichum (active). Satisfactio itaque in *d. L.* 176. *de V. S.* ut et in *L.* 52. *h. t.* per se ex subjectæ materiæ ratione denotat non aliam quam qua obligatio plene dissoluta, ut nec restrictione opus sit. Eoque sensu satisdatio satisfactionis species non est, cum non liberet, sed obliget; nisi ad fidejussorem dandum quis obligatus ob id ipsum satisdederit. Ideoque in *L.* 49. *in fi. h. t.* pro *satisdationis* quod habent Pandectæ Florentini, *satisfactionis* legere malunt Hotom. 6. *Obs.* 15. *et ad L.* 8. *C. de pig.* Don. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 6. Briss. *Lib.* 1. *de Sol.* A. Fab. *ad* 45. *L. pr. de Procur.* Probabiliter sane si antiqui codices suffragantur, ceu testari Accursium refert Hotom. Nil tamen vetat *satisdationis* voculam ibid. ut et in *L.* 21. §.*ult. de pec. const.* sic accipere ut satisfactionem significet. Nec absurde enim dicetur satisdatum creditori pecuniæ ex. gr. fundo in solutum dato, cum is ipse pecuniam ideo acceptam habere possit, tametsi ea non sit alias usitata ejus vocis acceptio.

trahitur. *L. naturalis*, 1. resp. *D. de præscript. verb.* Sed ex empto tantum utilis, quia si spectatur id quod in proposito principaliter agitur, non potest videri contracta emptio; cum id quod datur pro pecunia, solvendi caussa detur: proinde et negotii distrahendi. Non potest autem idem distrahendi negotii caussa datum videri simul et contrahendi. §. 1. *Instit. quibus mod. re contr. oblig.* §. *penult. Inst. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.* Quo fit, ut dum principaliter non contrahitur jure emptio, nec possit ex ea datione nasci directa actio ex empto. Sed ut principaliter perveniatur ad hanc ipsam solutionem aliam rem dando, necesse est per consequentiam [12] contrahi emptionem. Speciem enim pro pecunia debita dari oportet: atque hoc quoties fit ex consensu, emptionem esse, necesse est. Quare erit et ex hoc negotio ex empto actio: quæ quoniam non potest esse directa, relinquitur, ut sit utilis.

XV. Ergo fundo pro pecunia soluto, si fundus alienus est, et ignoranti solutus, duplex erit in hac specie creditori actio eo nomine. Vetus de pecunia debita, et ea statim: item nova ex empto, sed de fundo soluto, eoque non nisi tunc, cum fundus evictus est, ut accidit in omnibus rebus venditis, de quibus ideo agitur, quia non sunt facta accipientis. *L. non dubitatur*, *C. de evict. L. ex empto*, *D. de actio. empt.* Ex quo quid referat creditori utramque dari, apparet. Re enim nondum evicta, plus est in vetere actione: quoniam hac statim agi potest, cum ex empto non possit, nisi re evicta, ut dixi. Contra re evicta etsi utraque actio competere incipit, tamen hoc plus est in actione ex empto, quam in vetere, quod vetere actione tantum agi potest de pecunia credita. Actione autem ex empto in id quod creditoris interest fundum evictum non esse, quod interdum pretium, id est, pecuniam debitam egreditur, si pluris res valeat. *L. evicta*, 70. *D. de evict. L.* in pr. *D. de act. empt.* veluti, si centum debebantur, et pro ea summa fundus in solutum datus sit, qui quo tempore evictus est, valebat centum quinquaginta.

XVI. Interdum etiam iuvito creditore aliud pro alio recte solvitur: sed hoc non nisi aut necessitas cogat pro commodo creditoris, aut debitor facultatem aliud solvendi aliunde acceperit. Necessitas sæpe cogit pro specie æstimationem solvere: quod accidit, cum aut species debita periit, cujus nomine nihilominus debitor adhuc tenetur, ut cum periit post moram ejus, aut cum res quæ debetur, extat quidem, sed aliena est, et dominus eam non vendit. His casibus res cogit, ut aut nihil præstandum sit creditori, aut si quid præstari volumus, ut certe præstandum est, necesse sit [13] solvi æstimationem, quod et his casibus receptum est. *L. in re furtiva*, *D. de condit. furt. L. si domus*, §. *qui confitetur*, *D. de legat.* 1. Sed et facultatem aliud solvendi si debitor aliunde accepit, recte in ea re suo jure utitur.

XVII. Accipit hanc potestatem aut lege, aut testamento, aut conventione. Lege in maleficio servi: quo nomine ita dominus tenetur noxali actione, ut solum æstimationem damni debeat; jure tamen hoc ei tribuatur, ut servum noxæ dedendo liberetur. Faciamus dominum noxali actione conventum in æstimationem damni solum condemnatum esse, neque provocasse. Placet recte condemnatum videri: sed nihilominus licere condemnato defungi noxæ deditione, atque ita aliud quam debet, solvendo liberari: scilicet, quia hæc solutio ei lege tribuitur, *L. miles*, §. 1. *D. de re judic.*

XVIII. Testamento eadem facultas est heredi in legato hujusmodi: heres meus Titio penum dato: si penum non dederit, decem dato. Hoc legatum sic acceptum est, ut si heres interpellatus in præstanda penu moram fecerit, statim incipiat sola decem debere. Et tamen placet, si ante litem contestatam penum solvat, eum liberari. *L. si penum*, *D. quando di. leg. ced. L.* 1. *D. de pen. legat.* In quo apparet liberari eum aliud solvendo, quam debuit. Sed ideo, quia initio debuit penum dare, cujus et præstandæ potestas ei a testatore facta est. Hanc potestatem heres ante litem contestatam non amittit, quia ante licuit purgare moram. *L. si ser-*

12) Datio in solutum est emptio quæ fit brevi manu. Celeritate enim conjungendorum actuum, is actus qui solvendo, et soluto pretii vice reddendo expediendus quási per occultum intermortuus videtur, arg. *L.* 3. §. *ultimo de don. int. vir.* Sed ita si modo res pretii et mercis instar habeant, scite Cur. 2. *Conject. ad Fr.* 15. Nec revocari potest res in solutum data *L.* 34. *de pig. act.* nec si postea pluris eam vendiderit creditor, quam quanti accepit *L. pen. C. h.* nisi minor in solutum dederit, per *L.* 10. *C. h.* Sed si promissa tantum, debitor nihilo minus debiti quantitatem offerendo liberatur *L.* 45. *h. t.* quia in ejus gratiam cautum ad necessitatem præstationis converti non debet, Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 331. Quid si datio in solutum facta sub conditione si intra sex menses ex. gr. debitor non solvat, non elapso tempore creditor poterit debitum petere, an cogetur res in solutum datas accipere? Cogetur. vid. Tessaur. *Decis.* 147.

13) Sic etsi nummorum facultate carens debitor rerum suarum emptores facile non reperiat creditor in solutum debitoris possessiones, inita prius æstimatione, accipere cogitur *Nov.* 4. *C.* 3. *et N.* 120. *Auth. hoc nisi C. h. t.* Briss. *Lib.* 1. *de Sol.* §. *hactenus qui solvant p.* 329. *et seq.* vid. Parlador. *d.* §. 17. *n.* 22. *et* 2. *seqq.* Tessaur. *Decis.* 155. Jo. Koppen. *Q.* 55. *n.* 14. *et seqq.* Jac. Schulthes. *Q. pract.* 42.

servum, §. *sequitur*, *D. de verbor. obligat.* Lite autem contestata ideo amittit, quia hoc facto res transit in novam obligationem et actionem judicati: judicio enim accipiendo contrahitur, ut litis contestatione. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Hæc actio illi invito adimi non potest.

XIX. Conventione hæc eadem facultas accipitur in simili stipulatione: penum dabis? si penum non dederis, centum dabis, ut illa solum debeas? Nam et hic mora facta in penu præstanda promissor ex conventione decem sola debebit. *L. ita stipulatus*, in fin. *D. de verbor. obligat.* Sed qui facultatem penus præstandæ ab initio acceperat conventione, eamdem et mora facta ante litem contestatam retinebit, ut liceat ei pro decem quæ sola debet, penum solvere, et solvendo liberari. Eadem facultas promissori in faciendi obligationibus, quo in genere si factum non sit, quod debuit, incipit sola pecunia deberi, quanti stipulatoris interest. *L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. de verbor. obligat.* Placet tamen debitorem ante litem contestatam faciendo liberari. *L. si insulam*, *D. de verbor. obligat.* Nempe quia faciendi potestatem ab initio conventione acceperat, quam cessatione sua non amittit ante litem contestatam, si emendet moram. Eadem aliud solvendi potestas ex conventione est, cum ita stipulor, mihi Stichum, aut Titio Pamphilum dari. Hic enim certi juris est Pamphilum Titio non deberi: quippe extraneæ personæ, cui stipulari non potuimus. §. *plane*, *Inst. de inut. stipul.* Et tamen placet promissorem Titio Pamphilum dando, proinde aliud quam debet solvendo liberari: hoc Paulus in *L. qui res*, §. *mihi Romæ*, *de solut.* ubi et tacitam objectionem diluit. Diceret enim aliquis, regulam juris repugnare, quæ dictat, rem pro re, factum pro facto solvi non posse. Ille respondet hic factum pro facto non videri solvi, sed electionem promissoris compleri. Quod sic accipiendum est, ut non ideo liberetur hac præstatione promissor, quia factum pro facto solvat, sed quia electio ei data sit, ut solvat aut quod debet, aut aliud pro eo: quod posterius dum eligit, electione sua utitur, et ut loquitur Paulus, electionem suam implet: quod illi facere concessum est. Cæterum re vera hic aliud quam quod debetur, solvitur pro eo quod debetur. Itaque hoc idem paulo explicatius dixerimus hoc modo: Sane vero hic aliud non debitum pro eo quod vere debetur, solvitur, prodestque ad debiti solutionem: sed ideo solvitur, quia electionem et potestatem id solvendi promissor ex conventione accepit.

CAP.

CAP. X.

In personis solventis et accipientis quis solvere, et cui solvi possit ad justam liberationem.

Tertia solutionis conditio quæ. Rerum ordo et partitio. I.

Persona solventis debitor, aut alius ejus nomine. II.

Pupillus debitor sine tutore non recte solvit; sed tamen consumpta pecunia cedit pro solutione. III.

Alius pro invito et ignorante debitore recte solvit, etsi invito creditore; et quatenus. IV. VI.

Et quare. V.

Solutionem jure accipit creditor, vel ejus nomine alius. VII.

Creditori, cui interdicta rerum administratio, non recte solvitur, et quare. VIII.

Ideo nec furioso, nec prodigo, nec pupillo. Quid inter hos conveniat, aut discrepet hac in re. IX.

Quomodo cautum a Justiniano debitori, qui pupillo et minori solvit, seu tutori et curatori. X. XX.

Pupillus solutam pecuniam petens exceptione repellitur, si inde factus sit locupletior. XI.

Quando talis factus intelligatur. XII.

Item ex quo tempore talis esse debeat. XIII.

Reus capitis postulatus præter crimen majestatis, recte solvit, vel a solvente accipit. XIV.

Etiam si postea creditor esse desierit: in quibus appareat creditoris ista mutatio. XV.

Solutio non creditori, nec ei qui pro creditore habetur facta, sed alii, nulla; secus in alio solvente pro debitore, et quare. XVI.

Qui depositam lancem uni ex heredibus reddit, liberatur ab omnibus; et cur ita. XVII.

Qui pro creditore habentur, tales sunt jure, vel domini voluntate. XVIII.

Jure *tutores et curatores. His recte solvitur, pupillo etiam seu minore invito.* XIX.

Voluntate, *quibus solvitur mandato, vel ratihabitione creditoris.* XXI.

Mandatum aut in eum cui solvitur, aut in debitorem confertur; prioris tres species, et quænam sint. XXII.

Recte solvitur vero procuratori, cui de exigenda pecunia mandatum sit generaliter, aut specialiter. XXIII.

Item actori servo; et qui ex servis sit talis. XXIV.

Item servo et filiofamilias in re peculiari. XXV.

Finito mandato, aut revocato debitor solvens non liberatur. XXVI.

Nisi solvat ignorans, et quare. XXVII.

Ignorans qui solvit, liberatur, jure vel per exceptionem; qualiter utroque modo. XXVIII.

Servo aut filiofamilias res peculiaris recte solvitur a debitore, quandiu is ademptum illis peculium ignorat. XXIX.

Debitor alii quam creditori recte solvit ex hujus mandato, quandiu ignorat aut alium accipere vetitum, aut creditorem mortuum. XXX.

Debitor sive ex stipulatione, sive extra permissu creditoris recte solvit certæ personæ prout permissus verba patiuntur. XXXI.

Permissus verba quid valeant. XXXII.

Potestas alii solvendi a creditore facta debitori extra stipulationem jure revocatur; secus si fiat in stipulatione. XXXIII.

Potestas stipulationis jure quæsita promissori finitur tribus modis. XXXIV.

1. *Minutione capitis solutioni adjecti quacunque, præter emancipationem.* XXXV.

Exceptio ex solvendi stipulatione ususfructus qualis. XXXVI.

2. *Petitione creditoris, lite contestata.* XXXVII.

3. *Pecunia a debitore creditori soli constituta nominatim.* XXXVIII.

Ratihabitio solutionis alteri factæ mandato creditoris comparatur. XXXIX.

Solutum alii, quam creditori, aut ei qui pro creditore habeatur sine hujus mandato vel ratihabitione non liberat debitorem. XL.

Etsi conjunctæ personæ, sive per errorem sit facta solutio. XLI. XLIII.
Contrariis occurritur; et L. fugitivus 19. D. de solut. *illustratur.* XLII.
Qui alii solvit per errorem, sed sciens cum quo contraxit, nisi domini ratihabitione secuta, non liberatur. XLIV.
An tali modo solutum condici possit statim, aut tum demum cum negata ratihabitio. XLV.
Et quando negata videri possit. XLVI.
Quod quis alii solvit, eo animo ut creditori solutum velit, si ad hunc pervenit, *etiam citra mandatum aut ratihabitionem, liberat debitorem.* XLVII.
Dos patri soluta sine consensu filiæ, si in hujus rem versa a patre, debitorem liberat ope exceptionis. XLVIII.

I. Ne hoc quidem satis ad justam solutionem, præstari aliquid, et præstari id quod debetur. Tertium exigimus, ut quod debetur, ita præstetur ut debetur. Nam et hoc ipsum obligationis pars est, ut quod inde præstari debet, præstatur ad eum modum, qui comprehensus est obligatione. Id autem positum est partim in personis eorum, inter quos solutio transigitur, partim in circumstantiis solvendi. In personis, ut sit qui recte solvat, et sit cui recte solvatur. In circumstantiis solvendi, ut solvatur, quo tempore, quo loco, et quantum, oportet. Personæ ut ostendi, inter quas res transigitur, sunt is qui solvit, et is cui solvitur. In quibus primum quis recte solvat, videamus.

II. Et cum eum esse necesse sit aut debitorem ipsum, aut alium, qui solvat nomine debitoris: de debitore non dubitatur, quin is recte solvat, et solvendo se liberet, si nihil aliud impediat in bonorum administratione: cum is solus sit, quem ex obligatione præstare oporteat. *Inst. quib. mod. tol. oblig.* in princ.

III. Sane si cui bonorum suorum administratio et alienatio adempta sit, hic propria de caussa [1] solvere prohibetur: quia solvendo alienat, cum diximus neminem rem alienam solvendo liberari. *L. cum quis*, §. *qui hominem, D. de sol.* Inde dictum, pupillum sine tutoris auctoritate nec [2] solvere posse, quanvis eo spectet solutio, ut liberetur. *L. quod si*, 14. §. *ultim. D. de solut. L. obligari*, §. *pupillus*, *D. de auct. tut.* Prius est enim, ut alienet: pupillus autem sine tutoris auctoritate nihil potest alienare, nullius rei dominium transferre. *d. L. obligari*, in princ. et §. *pupillus.* Ita eveniet, ut nummis a pupillo sine tutoris auctoritate solutis, si exstent, quia pupilli manent, vindicari possint. *d. L. quod si*, 14. §. *ult. de solut.* Sed si consumpti erunt a creditore, non poterunt condici. Sive enim condictionem indebiti quærimus, hac pupillus uti non potest, quia nummos solutos debuit: sive condictionem sine caussa, ne huic quidem locus est, quia justa ex caussa debitos et solutionis caussa creditor accepit: sive condictionem ob caussam caussa non secuta, et hanc inutilem facit creditor, qui nummos accepit ob hanc caussam ut pupillum solutione liberaret, et se illum liberare ostendit. Quare ne hæc consumptio pupillo noceat, postquam prius obtineri non potest, ut repetantur nummi soluti: alterum saltem illi relinqui debet, quod et majoribus tribuitur, ut nummi soluti et consumpti pro solutione cedant, atque ita liberetur pupillus, quod et placuit *d. L. quod si*, 14. §. *ult. de sol. d. L. obligari*, §. *pupillus*, *D. de auct. tut.* Exemplo pupilli idem et de omnibus intelligendum est, quibus non est bonorum suorum alienatio permissa: de quibus amplius postea in creditore, in quo et hæc ipsa conditio personæ solutionem impedit, ut quod illic dicetur de eo creditore cui solvi potest, aut non potest, id ad debitorem multo justius transferri debeat: quem constat solvendo pecuniam ipsam alienare. Sed demus debitorem, quem nulla res prohibeat de re sua statuere, ut velit: huic, inquam, qui debet, nemo dubitat, quin jus sit solvere, cum id ipsum ut solvat, obligatio ab eo exigat.

IV. De alio qui debitor non sit, potuit dubitari, nam et hic posset pro debitore solvere. De eo qui mandatu et jussu debitoris id faciat, non loquor: cujus solutionem non minus ratam esse convenit, quam ipsius debitoris: *L. restituta*, in

1) Distractus in plurimis ejusdem naturæ, cujus est contractus. Unde fere quibus contractus prohibetur, iisdem et liberatio, ut renunciatio, de quo Tiraq. *in LL. Connub. Gl.* 5.

2) Et si rem promiserit vel debeat, quæ sine decreto alienari nequit, requiritur prætoris interventus, sine quo, nec tutore auctore, solvere licet, per *L.* 5. §. 5. *de reb. eor. qui sub tut.* Idem in minore curatorem habente, secus in alio, vid. Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 1. *n.* 12. *et seqq.*

in fin. pr. *D. ad Treb.* cum debitor, qui per alium solvit, videatur per se ipse [3] solvere. *L.* 5. §. *gessisse, D. de admin. tut. C. qui facit, de reg. jur. in* 6. Dubitatur de eo, qui ignorante debitore id faciat, aut etiam invito. Quid enim, si hoc casu neget creditor se accipere? nonne videatur audiendus, si dicat extraneo pecuniam offerenti, noli me urgere ut accipiam: nolo a te: et cur me cogas, cum obligatio et actio mea nihil ad te pertineat: et præsertim cum repugnante debitore id facias? An non in re mea quæ ad te nihil pertinet, iniquum est te mihi præscrivere, quomodo ego meo jure utar? *L.* 4. *D. ad Treb.* Sed placuit licere cuique pro debitore solvere non solum ignorante, sed etiam invito. *L. solvere*, 53. *L. solutione*, 23. *D. de sol. L. manifesti*, *C. eod.* Quod cum ita dicitur, intelligamus hoc dici, licere etiam creditore invito. Non enim jure liceret, si non liceret, nisi voluntate debitoris facere. Sed et hoc de invito creditore satis significatur in eo possessore, qui rem pignori obligatam possidens eam retinet adversus invitum creditorem, si paratus est solvere pecuniam quæ illi debetur. *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pign.* Non cogetur quidem præcise accipere creditor invitus; nam nec cogeretur debitore ipso offerente; sed ut creditore recusante possit debitor obsignare pecuniam et deponere, eaque obsignatio pro solutione cedere, de quo postea: ita et extraneo offerenti, si creditor accipere recuset, non minus idem facere licebit ut id cedat pro solutione. Ita quod recta accipere non cogitur creditor, dum a debitore aut extraneo quovis pro debitore offertur, id obliqua ista via accipere cogitur, dum recusare non potest, nisi velit rem amittere.

V. Neque vero iniquum est ita cogi creditorem. Esset iniquum si in pecunia solvenda illius solum caussa ageretur. Nunc autem agitur caussa etiam debitoris, cui liberatio ea solutione quæritur. Non debet creditor recusare id, in quo ejus recusatio ipsi inutilis, non alio spectet, quam ut debitori officiat. *L. in fundo*, *D. de rei vind.* At enim extranei istius nihil interest pro debitore solvere: nec quisquam audiendus est id fieri petens, quod fieri ejus nihil interest, ut declaratur in *L. si quis ab alio*, *D. de re jud.* Imo vero ejus interest. Non interest quidem pecuniariter: quamobrem neque hic ullius pecuniæ petitio est: de quo genere petitionis agitur in *d. L. si quis ab alio.* Sed interest ex affectione eo modo, quo Papinianus dixit beneficio affici hominem interesse hominis. *L. servus*, 7. in fin. *D. de serv. exp.* Huius vero affectionis et utilitatis ratio satis est, ut audiri debeat quivis extraneus de. debitore liberando sine alterius injuria sollicitus. Sed an ista solutione liberatur etiam debitor ignorans, aut invitus? Plane isto modo: alioqui non esset solutio pro debitore, si adhuc debitor obligatus maneret: idque ita expressum est in *L. solutione*, 23. *D, de sol. Institut. quib. mod. tol. obligat.* in princ. Indicaturque apertius hic affectus in *L. si pro me*, 40. *D. de sol.* cum pecunia pro ignorante soluta dicitur pignoraticia debitori statim acquiri, et pignus prætorium tolli. Quorum nihil fieret, nisi debitor ea solutione esset liberatus. *L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pign. act. L. in omnibus*, 43. *D. de sol.* Ergo invito beneficium acquiretur, inquies, quod est contra regulam juris, quæ docet invito beneficium seu liberalitatem non acquiri. *L. invito*, *D. de reg. jur. L. hoc jure*, §. *non potest*, *D. de donat.* Sane acquiretur invito: sed non contra regulam superiorem juris; quæ de iis scripta est quæ recta cuiquam acquiruntur: ad ea autem quæ acquiruntur per consequentiam, non pertinet. Quod enim beneficium quæve acquisitio in aliqua re, aut alicujus persona primo recte constitit, nihil prohibet, quominus ejus commodum per consequentiam ad alios etiam ignorantes atque invitos pertineat: ut ostendi pluribus ad *L. servus vetante*, 62. *D. de verb. oblig.* Exempli gratia, si quid servus vetante domino stipulatur, tamen domino acquirit: *d. L. servus.* Nempe ideo quia primo et principaliter obligatio acquiritur servo: quæ postquam illi quæsita est, conditione personæ fit, ut ab eo statim ad dominum transeat. Hoc ipsum et in solutione extranei licet animadvertere, cum is pro invito solvit. Nam solutum creditor principaliter accipit; in cujus persona recte consistit solutio. Hac constituta accidit per consequentiam rei gestæ, ut solutionis commodum etiam ad debitorem pertineat: cujus vis hæc est, ut re soluta et debitor et accessiones omnes liberentur. *L. liberationis*, *D. de verb. signif. L. in omnibus*, *D. de sol.*

VI.

[3] *L.* 87. *L. qui mandat.* 56. *h. t.* ubi voculam *ipse* habere emphasin, et notare quod mero jure, non per exceptionem liberatur qui mandavit, tradit Curt. 3. *Conj. ad Fr.* 20. Procurator autem generalis seu totorum bonorum ea debita solvere potest quæ exactionem habent, non quæ retentionem tantum. Non enim verisimile est, dominum mandatum fuisse ut naturalibus debitoribus solvat, arg. *L.* 46. *de pecul.* Quod et Bart. *in L. legavi* 25. *de lib. leg.* ad exsecutores testamentorum trahit, ejusque opinio prævaluit, teste Briss. *lib.* 1. *de Sol. ut. p.* 304.

VI. Illud tenendum erit, ita demum debitorem aliena solutione liberari, si quis solvat nomine debitoris. Alioqui si quis pecuniam quamvis meam, et ita acceptam, ut eam creditori meo solveret, suo nomine dederit, me non liberat, quia meo nomine non dedit. *L. Cassius*, 17. *D. de sol.* Similiter etsi ex iis qui fideicommisso obligati virilem tantum portionem inferre debuerant; quidam per errorem plus debito intulerint, non ideo cæteros catenus liberatos esse placuit: quia scilicet quod amplius esset solutum, aliorum nomine solutum non esset. *L. Paulus*, 101. *de sol.*

VII. Ac de eo qui recte solvat, satis: sive is debitor est, sive extraneus qui solvat pro debitore. Deinceps cui solvi possit, videamus. Et cum obligatio omnis certum habeat qui debeat, et certum, cui debeatur: quemadmodum eum qui solvit, oportet aut debitorem esse, aut alium qui solvat nomine debitoris; sic eum cui solvitur, aut [4] creditorem esse oportet, aut alium cui creditoris nomine solvatur. Ac de utroque itidem ut supra in eo qui solvit, distincte consideremus. Sit ergo primum creditor, seu is cui ex obligatione debetur. Huic recte solvi, vel ipsa obligationis conditio satis indicat. Is enim est, cui ex obligatione dari fieri oportet, id est in summa, præstari quod in obligationem deductum est. Hoc autem præstare, ut supra dixi, solvere est. Et huic recte solvi confirmatur in *L. solutum*, 49. *D. de sol. L. invito*, *C. eod.*

VIII. Sed et hoc eadem illa conditione receptum est, quam in debitore solvente supra diximus, si quidem is cui solvitur, bonorum suorum administrationem liberam habuit. Quod si cui bonorum alienatio sit interdicta, huic non magis solvi potest ad liberationem, quam debitor, qui in eadem caussa sit, solvere, ut sub persona pupilli creditoris declaratur in *L. pupillo*, 15. *de sol.* Neque hoc absurde dici videatur, ei qui res suas alienare non potest, hoc ipso non posse recte solvi; quasi qui solutum accipit, non alienet, sed potius acquirat: qui autem alienare res suas vetantur, non prohibentur acquirere. *Inst. de auct. tut. L. obligari*, *D. eod. L.* 6. *D. de verb. obl.* Sane enim cui pecunia solvitur, pecuniam acquirit; sed idem rem aliam suam alienat, si debitorem solutione liberat. Alienat enim isto modo obligationem et actionem, qua prius debitorem sibi obstrictum habuit, quæ nunc solutione tollitur. Hæc vero res est, cujus alienatio illi est interdicta; proinde et liberatio solutionis caussa. Et ne temere interdictum putemus, quasi in debitore liberando nullum sit damnum aut periculum domini, si pecuniam eo nomine solutam accipiat: sæpe domini interest magis actionem de pecunia [5] retinere, quam hac sublata pecuniam solutam accipere. Nam pupillus exempli gratia, pecuniam acceptam aut male consumere, aut sine culpa amittere potest variis casibus; qui si pecuniam non accepisset, semper actionem integram haberet adversus debitorem.

IX. Bonorum suorum alienatio, ut suo loco diximus, his adempta est: furioso, prodigo, *L.* 1. *L. Julianus*, *D. de curat. fur.* pupillo, qui quid imminuat, aut imminutionis periculum aliquod subeat sine tutoris auctoritate. *L. pupillus*, *L. obligari*, *D. de aut. tut. Instit. eod. tit.* Item adolescenti curatorem habenti, si quid eorum fecerit sine auctoritate tutoris. *L.* 3. *C. de in integr. restit. min.* Proinde si quid furioso debebitur, solvi ei non potest. In quo etiam hoc conditio personæ proprie efficit diversum a conditione minorum, ut furioso solvi non possit, neque soli, neque accedente auctoritate tutoris aut curatoris, uti nec aliud ullum negotium cum furioso geri: quia furiosi nulla voluntas est, quam tutoris aut curatoris auctoritas confirmet. *L. in negotiis*, *D. de regul. jur.* Plane si furioso datum postea tutor aut curator in eam caussam accepit, magis est ut tutori ipsi vel curatori solutum videatur: quo facto solutio procedet: tutori enim et curatori solvi potest, ut postea dicetur. Prodigi in bonorum administratione, cum de imminuendo alienandove agitur, per omnia comparantur furioso. *L. furiosi*, *D. de regul. jur.* In pupilli persona hoc servatur, ut si infantiam excesserit, quia intelligit quod agitur, quidvis cum eo geri possit tutore auctore, etiam si alienationem adjunctam habeat. Sine tutoris autem auctoritate ut nihil cæterarum rerum alienare potest pupillus, ita nec pupillo eadem de caussa solvi posse placuit. *d. L. pupillo*, 15. *de solut.* Quo exemplo intelligemus idem probandum esse in adolescente, cui solvatur sine curatoris sui auctoritate. *d. L.* 3. *C. de in integr. restit. min.* Etsi autem cum adhibita est tutoris aut curatoris auctoritas,

4) Et si duo rei credendi alterutri solvi potest *L.* 3. *in fin. de duob. reis.*

5) Ita et Briss. *Lib.* 1. *de sol p.* 306. Et si illius intersit solvi, tamen facilitate ætatis perdita profusave pecunia lædi potest.

tas, ipso jure valet, quod cum minoribus geritur, in quo est pecuniæ solutio: tamen eventu ne sic quidem tuto his solvitur. Possunt enim pecuniam acceptam male consumere: potest illis pecunia aut furto aut vi amitti. Quæ si acciderint, possunt sine metu exceptionis eamdem pecuniam petere. §. *ult. Inst. quib. alien. lic. vel non*, Idque consequuntur beneficio ætatis per in integrum restitutionem. *L.* 1. *C. si adver. solv.* nec quo minus consequantur, illis obstat, quod tutor aut curator [6] intervenerit. *Titu. C. si tut. vel curat. interv.*

X. Excepit Justinianus reditus annuos et cujusvis alterius rei [7] pensiones; quas voluit tutore aut curatore auctore minoribus tuto solvi, ut nullo casu postea eo nomine debitores qui solverunt, inquietari possunt. Hoc ille in *L. sancimus*, *C. de administr. tut.* Idem in cæteris rebus eadem lege ita cavit debitoribus ad plenam securitatem, ut si tutoribus aut curatoribus solverint, cum prius sententia judicis præcessisset, quæ eos solvere juberet, deinceps solventes sint [8] securi. Id autem ita facile consequetur debitor, si impetret a tutore aut curatore, ut judicio conveniatur de pecunia solvenda: ac cum eo sponte, et sine impensa venerit, ibi conventus statim fateatur se debere, et dicat paratum se esse solvere. Hic enim adversus confitentem non aliud officium judicis esse potest, quam ut jubeat eum solvere. *L. si debitori*, *D. de judic.* Hæc vero sententia est, ex qua si debitor solvit, deinceps non potest inquietari: Hoc in *d. L. sancimus*, *C. de administr. tutor.* cujus sententia expressa est in §. *ex contrario, Institut. quib. alien. lic. vel non.*

XI. Sed utcunque non intervenerit hæc sententia, licet eamdem pecuniam sibi solutam petere adhuc minor potest aut jure ipso, aut per in integrum restitutionem: tamen si petat, exceptione doli mali removetur, si aut pecunia adhuc apud eum salva est, aut ea consumpta factus est ex ea locupletior. §. *ex contrario, Instit. quib. al. lic. vel non. L. de pupillo D. de solut.* Et jure removetur his casibus. Nam si exceptio doli ex hac caussa est, si quis quid petit per occasionem juris civilis contra æquitatem naturalem, ut est; *L.* 1. *D. de dol. mal. except.* palam est ei exceptioni in proposito locum esse; ubi qui locupletior factus est eamdem pecuniam petit, jure quidem summo petit; sed petit contra æquitatem naturæ, quæ dictat neminem fieri debere locupletiorem cum detrimento alterius. *L. nam hoc natura, D. de cond. indeb.* Nec mirum, si minor solutione locupletior factus iterum petens exceptione repellitur; cum ultro adversus eum futura fuerit actio, si quid non solvendi caussa in eum contulissemus, quo factus esset locupletior: puta negotiis ejus utiliter gestis, aut pecunia ei credita, quæ in rem ejus versa esset. *L.* 3. §. 1. *D. de neg. gest. L. pupillus, D. de act. tut. L. naturaliter*, §. 1. *D. de cond. ind.* Cui autem ex aliqua caussa actionem damus, ei ex eadem caussa com-

6) Consentit Briss. *Lib.* 1. *de Solut. p.* 310. *per d. L.* 1. *C. si adv. sol. L.* 2. *C. si tut. vel cur.* et quia tutorum auctoritas pupillorum gratia comparata in odium verti, et restitutionis auxilium impedire non debeat, et Gomez. 2. *Resol.* 14. *n.* 4. Jo. Mauric. *de Restit. in int. C.* 176. *et seq.* qui tamen si curator sit solvendo, cessare vult restitutionem. Diss. A. Fab. *ad L.* 7. §. 2. *de min. et* 17. *Conject.* 13. *et* 1. *Jurispr.* 12. *Pr.* 7. *Ill.* 45. Quia perpetuum ut qui potest exigere, possit liberare *L.* 10. §. *ult. et seq. de pact. L.* 12. *h. t.* Inique enim cogeretur debitor solvere, nec ei quid imputari potest. Resp. Imo non cogitur ut solvat sine jussu judicis, justeque cum tutor desiderat. Ni fecerit, sibi imputet cautione sibi proposita *d. L.* 25. non usus. Ast occinit Faber agi *in d. L.* 25. de solutione facta nondum habenti tutorem, aut curatorem per verba illa *creationem tutorum etc. procedente*, id est dum proceditur ad creationem tutorum. Sed eorum alius non est sensus, quam tutoribus rite ac legitime constitutis, aliter solvi tuto non posse, quam judicis jussu prævio. Alias quid novi Justinianus sanxit, quam subtilitatem observationis, ut ipse vocat, induxit. Dudum id ante Justinianum juris ex vulgatissimis regulis, nullum plane negocium pupillum tutore destitutum inire posse, nisi si quando defectum tutoris judicis præsentia suppleat. Sed quid multis.. Ipse auctor et Imperator interpres verborum suorum omni exceptione potior in *d.* §. *ult.* vers. *at ex contrario* diserte sua constitutione se disposuisse testis est, *ita licere tutori etc. debitorem solvere ut prius judicialis sententia hoc permittat.* Facessat jam Fabri violenta et contorta expositio: loqui equidem *d.* vers. de habente tutorem, sed solutione sine tutore facta, eo quod Imperator se ad *d. L.* 25. referat. Eho an non hæc pugnantia sunt. *L.* 25. *de adm: tut.* loquitur de non habentibus tutores. Ad *d.* vers. *at ex contrario*, quo ejusdem constitutionis summa refertur, de habentibus. Videat Faber quo ferro hunc nodum discindat. Facessat argutia, verba illa quæ retuli, hoc velle: Tutorem non posse liberare debitorem, qui antea solvit pupillo, sine sua auctoritate, quia non scripserit Imperator *licere debitori solvere*, sed ita *licere tutori debitorem solvere.* Quam fragilia hæc. Uno equidem, quod sciam, loco *solutus* dicitur debitor, qui liberatus *L.* 116. *de V. S.* Solvere debitorem, id est ab obligatione dimittere nondum me legere memini. At recte ita dicatur, non repugno, rara ea, certe tyronibus non obvia, significatio. Hoccine Imperator de industria egit, ut clariora cum suppeterent verba, obscure mentem suam proderet, nec facile eruendam, nec illi loco, vel cognita et accepta ista vocis acceptione, nisi præsuppositis et subauditis multis, accommodam. Nihil vero illatinum vulgato et ex ipsis verbis aperto sensu retento. Nec necesse est *licere* referre ad debitorem contra constructionis leges, sed ita licet exponere *licere*, id est permitti *debitorem solvere* etc. Cujusmodi formulas quis reperiri inficietur, quis Justiniani cum primis tempestate, multum imminuto Latii decore, insolentes dicat. Sed gravius torqueamus telum. Fatetur Faber, nec negare integrum, in *d.* vers. *at ex contrario* remittere Imperatorem ad *d. L.* 25. At ubi in ea constitutione vocula, syllaba, apex ullus de tutore liberante debitorem aut acceptum ei ferente, qui ante pupillo se non auctorante, solvit. Quin ea aperte plenissimam securitatem tribuit debitori ad judicis pronunciationem persolvente. Nihil de eo, qui ante pupillo numeravit solo, quem judex ideo per tutorem solvi, id est liberari obligatione, jubeat. Denique ad *d. L.* 1. *C. si adv. sol.* Resp. Faber restitutionem illic concedi non ut iterum solvat tutor, qui fuerat, quasi solutio prius facta curatori non plenissime liberet; sed si probetur male redditas tutelæ rationes. Verum hac ratione L. illa nihil minus quam conveniens titulo. Diss. quoque Vasquez 3. *Contr. usufreq.* 66. *n.* 4. *et C.* 67. *toto* Gutierez. *de Tutel. P.* 2. *C.* 22.

7) Quia enim in iis consistunt alimenta minorum, expedit, solutionem non diu differri. Molestumque esset quotannis ea de re adire judicem, Duar. *ad tit. C. si adv. sol.*

8) Idem est, jure quoque veteri, etsi judicis jussu solvatur tutorem non habenti *L.* 7. §. 2. *de minor.* quia, ut ibi Accursius facit licitum quod alias illicitum; Absurdumque non impune solvere quem Prætor cogit *L.* 6. §. 6. *Quæ in fr. cred.* A. Fab. *ad d.* §. 2. Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 307. diss. quodam modo Jo. Mauric. *de Resti. in int.* C. 177. *n.* 7. *et seq.*

competere actionem multo magis quis dixerit *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.*

XII. Locupletior factus pupillus ex pecunia soluta intelligitur, non tantum si quid paravit ex ea pecunia, et aliis rebus auctus est; puta si ex ea pecunia res emit, quas etiam nunc habet: sed etiam si per eam pecuniam consecutus est, ne in suo fieret pauperior: veluti, ajebat Scævola, si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo [9] erat empturus. *L. in pupillo*, 47. §. 1. *D. de solut.* Finge pecuniam sine tutoris auctoritate solutam pupillo: cum eam invenisset tutor, aut alii, qui in ea domo negotia familiaria procurabant, emisse ex ea pecunia frumentum, vinum, ligna, aut res hujusmodi ad usum et victum familiæ necessarias, quas nisi aliunde habuisset, coactus esset pupillus de suo emere: id frumentum easque res priusquam his uteretur pupillus, casu aliquo periisse; puta incendio, aut incursu hostium latronumve. Dicemus nihilominus eum hactenus locupletiorem factum: ut si deinde pecuniam petat, æque exceptione possit removeri, ac si res adhuc extarent. Hoc ideo, quia nisi pecuuia soluta ad eam emptionem usus esset, tantumdem coactus esset de suo erogare: quod ideo nunc habet, quia non erogavit, alioqui amissurus, idque consecutus est beneficio pecuniæ solutæ. Nihil interest, per eam pecuniam rem aliquam nunc primum acquiras, an eam quam alioqui amissurus fueris, retineas: cum nemo videatur rem habere, quam retinere non possit. *L. non videtur*, *D. de acq. poss.*

XIII. Utrum pupillus locupletior sit, nec ne, quo in hac re exceptione summoveri possit, aut non possit: aut nobis agentibus quo conveniri possit tanquam locupletior, aut contra non possit: placet eo tempore spectandum, quo agitur, seu tempore litis contestatæ. *d. L. in pupillo*, 47. *de sol. L. litis*, *D. de nego. gest.* Itaque si proponas pecuniam acceptam pupillo priusquam de ea ageret, periisse: quandocumque eam petet postea, recte petet, et sine metu exceptionis: quia quo tempore agit, apparet eum locupletiorem non esse re jam ante amissa. Idemque est, si ex pecunia paraverat res non necessarias, et quas non cogebatur de suo emere, et eæ similiter ante litem contestatam perierint. Quod si quo tempore agit minor, et litem contestatur, pecunia adhuc apud eum salva est, aut res extant ea pecunia paratæ, ita removebitur exceptione, ut quanvis inter moras judicii res illi perierint, et desinat esse locupletior, nihilominus perpetuo ei noceat exceptio, et debitor absolvatur: et hoc, quia verum est eum locupletiorem fuisse tempore litis contestatæ: quod tempus in hac questione inspicitur. Hæc vis est exceptionis; quæ cum opponitur (quod fit tempore litis contestatæ) dicit debitor minorem, qui agit, ex pecunia soluta lucupletiorem factum, verbis in illud tempus collatis. Quod si tunc verum fuit, necesse est exceptionem perpetuo vim suam obtinere, quisquis erit eventus postea: quia etsi minor postea lucupletior esse desinet; non tamen efficietur unquam, quin verum perpetuo maneat minorem locupletiorem fuisse tempore litis contestatæ, de quo exceptio concepta est. Et ex eo tempore exceptio æstimatur, quoniam et de eo solum affirmat, nihil de futuro. Idque est, quod nonnullis rescriptis legimus, præscriptionem, id est, exceptionem cum res judicatur, in præteritum æstimari. *L. moræ*, *C. de rei vind. L. nec bona*, *C. de præscr. long. temp.* Id enim hanc significationem habet, cum in re judicanda de veritate exceptionis æstimanda agitur, veritatem ejus æstimari non ex eo tempore quo res judicatur, sed retroversus ex eo tempore, quo exceptio in judicium deducta est, de quo tempore et illa affirmavit.

XIV. Quæsitum est de reo capitis postulato, essetne et hic in eadem caussa cum superioribus, ut et ei bonorum suorum alienatio sit interdicta: quo admisso eveniat, ut nec ipse de suo possit solvere, si debeat; nec ei solvi, si quid ei ab alio debeatur: quia et liberatio solutionis caussa interposita sit species alienationis. Nec abs re dubitatum est: quoniam si reus damnetur, futurum est, ut damnatione publicentur bona damnati. *L. 1. D. de bon. damnat.* quæ damnatio existimari potest retro trahenda ad id tempus, quo res cœpit deduci in accusationem. Sed hoc non placuit, obtinuitque contra omnes cujusvis criminis etiam capitalis reos, reatu ipso bona sua administrare, ut ante posse: proinde nihil prohibere his interim recte pecuniam a debitoribus solvi, *alioquin*, inquit Papinianus, *plerique innocentium necessario sumptu egebunt. L. aufertur*, §. *in reatu*, *D. de jur. fisc. L. reo*, 41. *D. de sol.* Qua ratio-

9) Quando tantundem de suo erogaturus, etsi nummos solutos non accepisset. Item si per hoc debito liberatus, si jussit debitorem suum solvere suo creditori, quæ species est *L.* 66. *h. t.* Facit *L. penult.* §. *ult. de reb. eor. qui sub tut.* Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 307. *et seq.*

tione nec illud prohibitum videri debet, ne a reo criminis postulato creditori solvatur. *L. sed nec*, 42. *L. quamvis*, 45. §. 1. *de sol.* Exceptum est crimen læsæ majestatis: de quo ita est jus Romanum, ut ex quo quis tale crimen contraxit, nihil possit [10] alienare, eoque nec solvere ipse, nec ei solvi a debitore. *L. ult. C. ad leg. Jul. majest.* His exceptis si creditori solvitur, recte ita definiemus de solutione et liberatione justa, si quis est creditor sanæ mentis, major vigintiquinque annis, non reus læsæ majestatis, huic sine cujusquam alterius auctoritate ad plenam debitoris liberationem recte solvi.

XV. Usque adeo, ut quamvis creditor postea in ea caussa esse cœperit, ut desinat esse creditor et dominus actionis, nihilominus rata sit solutio, nec debitores possint inquietari. Hæc mutatio creditoris accidere solet in herede se abstinente; in herede hereditatem ex fideicommisso restituente: in reo capitis postea damnato. Uno exemplo ex his res plana fiet. Filius pupillus aut minor annis viginti quinque patri suo heres suus exstitit. Heres factus a debitoribus hereditariis pecuniam accepit: deinde beneficio ætatis se abstinet: quod eum facere posse constat. *L. necessariis*, *D. de acq. her.* Ea abstentione eo res redit, quasi nunquam heres fuisset, et solus sit heres, qui postea hereditatem adibit. *L. pro herede*, §. *penult.* in fin. *D. de acquir. her.* Placet nihilominus debitores, qui tunc ei solverunt, cum vere creditor esset, omnino esse liberatos, nec eventu infirmari liberationem, quæ semel perfecta rata manet. Hoc in *L. filius*, 90. *D. de sol.* Idem scribitur in *L. antepen.* 104. *D. eod.* de solutionibus et liberationibus factis ab herede ante restitutam hereditatem: has scilicet et restituta hereditate ratas haberi. Et de reo criminis postulato cum dixerimus interim ei solvi posse; satis significatur, quamvis damnetur postea, et damnatione bona ad fiscum redeant, nihilominus solutiones in reum collatas ratas manere. Diciturque hæc sententia ex regula juris certi, qua placet, quæ semel recte gesta et perfecta sunt, non intercidere, licet ille casus exstiterit, a quo incipere non poterant. *L. furiosi*, *Inst. quib. non est per. fac. test. L. in ambiguis*, §. 1. *D. de reg. jur.*

XVI. Hæc de creditore, cui solvi velimus. De alio, cui nomine creditoris recte solvi possit, cognoscamus. Et non eadem hic caussa est ejus qui solvit, et ejus cui solvitur. Alius quam debitor pro debitore recte solvit, et quidem pro ignorante, atque adeo invito, ut ante diximus. Alii quam creditori non licet solvere. *L. invito*, *C. de solut.* §. *recte*, in fin. *Instit. de mand.* Cur hoc tam dissimiliter: cum alius qui debitor non est, non magis ad obligationem pertineat, quam alius qui non est creditor? Et hæc ratio redditur a veteribus, quod pro debitore solvendo eumque liberando meliorem ejus conditionem facimus: alii autem solvendo, siquidem liberatur debitor, facimus conditionem deteriorem creditoris, cui hoc modo suam actionem adimimus. Naturalis simul et civilis ratio suadet alterius conditionem meliorem etiam ignorantis et inviti facere nos posse; deteriorem non posse. *L. solvendo*, *D. de neg. gest. L. solvere*, 53. *D. de sol.*

XVII. Sane in deposito hoc accidit, ut si is qui lancem deposuerat, decesserit pluribus heredibus relictis, possit qui acceperat, lancem uni restituere, vel jubente prætore, vel sine prætore sine dolo malo, et liberetur. *L. si stipulatus*, 81. §. 1. *D. de sol.* Hoc ideo, quia restitutio quæ divisionem non recipit, debetur singulis in solidum: qua præstita ideo liberatur ab aliis heredibus debitor, quia sine dolo malo rem uni solvit, solvendo rem habere desiit. Nihil autem in re deposita reddenda amplius præstare debet depositarius, quam dolum. *L.* 1. §. *ult. D. depos.* Cæterum si quod debetur, solvitur alii quam cui debetur, quanvis nomine creditoris, nulla liberatio est. Sed hoc in alio, cui nomine creditoris solvitur, sic accipiemus, nisi alius iste pro creditore habeatur, ut dum illi solvitur, perinde sit, quasi solvatur creditori. *L. si ita stipulatus*, 59. *D. de sol.*

XVIII. Qui in solutione habeantur pro creditore, eorum duo sunt genera. Quidam in rerum administratione pro dominis habentur jure: quidam domini voluntate.

XIX. Jure tutores et curatores, dum tutelam et curam administrant. *L. tutor qui tutelam*, *D. de admin. tut. L. qui fundum*, §. *si tutor*, *D. pro empt.* Proinde non solum tutori recte solvitur, sed etiam ei concessum est a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso jure liberentur. *L. solutam*, *D. de solutionib. L. Lucius* §. *tutelæ*, §. *ult. D. de admin. tut.* Et si forte plures tutores sint, li-

10) *L. ult. de bon. damnat.* quia ex ipso die criminis nihil ex bonis suis alienare potest *L.* 20. *de Accusat.* Quare idem erit in repetundarum reo, per *d. L.* 20. *junct. L.* 5. §. 5. *de reb. eor. qui sub tut.* Exemplum apud Plin. *Lib.* 3. *Epist. ad Minutium* Briss. *Lib.* 1 *de Solut. pag.* 300. Diss. Zang. *de Except. P.* 3. *C.* 1. *n.* 19. *et seqq.*

licebit uni solvere. Nec intererit, qualis sit tutor; utrum honorarius, an notitiæ caussa tantum datus, an qui tutelam gerat: tamdiuque his omnibus licet solvere, quandiu non sunt remoti an tutela, neque his administratio interdicta est vel a testatore, vel a magistratu. Quod totum quale sit, pluribus explicatur [11] in *L. quod si forte*, 14. §. 1. *D. de solutionib.* congruit. *L. quæro*, 100. *eod.* Similiter et curatori omni recte solvitur, quamcunque ob caussam datus sit, *d. L. quod si forte*, §. 1. in fin. *L. solutam*, *de solutionib. L. pactum curatoris*, *C. de pact.* et si plures erunt, etiam uni recte solvetur; nisi si alter præsens vetet solvi. *L. consilio*, *D. de curat. furio.* Quod et in tutoribus recipiendum est. Quæ cum dicimus, apparet hoc dici soli tutori et curatori recte solvi etiam invitis iis qui in tutela vel cura sunt: quibus tamen solis deberi constat. Neque ideo contrarium quis existimet, quod traditur invito creditore alii solvi non posse. *L. invito*, *C. de solutionib.* Nam si tutores et curatores in pecunia debita accipienda pro dominis ipsis et creditoribus habentur, ut haberi diximus: quod tutori, vel curatori solvitur, non alii quam creditori, sed ipsi creditori et domino solvi videtur.

XX. Sic tamen his licet solvere, ut jure quidem summo liberentur debitores qui solverint, de qua liberatione diximus: sed si pecunia postea amissa sit, minores, et qui in tutela vel cura sunt, fueruntve, in integrum restitui possint, et eamdem pecuniam iterum petere, nisi ut est Justiniani constitutio de hac specie, aut judicialis sententia præcesserit, quæ juberet tutores vel curatores solvere, aut agatur de redditibus annuis aliisve pensionibus, quas voluit Justinianus sine metu futuræ repetitionis solvi posse. Cujus constitutionis et antea meminimus. Ea est *L. sancimus*, *C. de admin. tut.*

XXI. Voluntate creditoris pro creditore habentur ii, quibus voluntate creditoris solvitur. Voluntas hæc ad eam rem duplex est. Quædam solutionem præcedit, quædam sequitur. Illa jussus est et mandatum creditoris de pecunia non soluta exsolvenda: *L. antepenultim. D. de solut.* hæc ratihabitio, cum in eo quod ignorante aut invito creditore solutum est, postea ipse solutionem ratam habet. *L. vero*, 12 in fin. *de solut.* Quarum voluntatum utra intervenerit ad pecuniam alii solvendam, huic alii recte solvitur, et pecunia illi soluta liberatio contingit, *d. L. vero*, *L. solutam*, 49. *de solut.*

XXII. Jubet mandatve creditor alii solvi dupliciter. Aut enim jussum confert in eum cui solvitur, dum ei potestatem facit pecuniæ debitæ exigendæ, et accipiendæ: aut confert in debitorem, dum ei potestatem facit alii solvendi. Quibus potestas fit pecuniæ exigendæ accipiendæve eorum tres sunt species: in liberis hominibus procurator, in servis actor, ex his qui sunt in alterius potestate ii, quibus dominus aut pater peculium habere permisit: atque his etiam hactenus recte solvitur.

XXIII. Vero procuratori hac de caussa recte solvi constat. *d. L. vero*, 12 *L. solutam*, *de solution.* Est enim procurator, qui mandatu et voluntate domini negotiorum negotia ejus administrat. *L. 1. D. de procur.* Verum procuratorem dixit Ulpianus, non quod falsus procurator sit procurator; sed ne eum intelligeremus, qui nullo mandato interveniente se ultro negotiis alienis offert: qui interdum abusive procurator dicitur: cui sane non magis utiliter solvitur, quam si omnino negotia creditoris non gereret. *L. qui hominem*, 34. §. *si nullo*, *de solution.* Procuratorem in hac caussa intelligere debemus eum, qui procurator sit in pecuniis exigendis accipiendisve, de quarum solutione agitur. Is autem est, cui mandatum est, ut pecuniam exigeret a debitore, aut acciperet. Mandatur id aut generaliter, aut specialiter. Generaliter, si cui omnium bonorum, aut partis alicujus universæ, puta bonorum provincialium administratio mandata est. Nam quæ omnia ad eam administrationem pertinent, eorum exactio et liberatio eo mandato contineri intelligitur. Specialiter, cum de certa pecunia a certo debitore exigenda alicui mandatur: quo in genere mandati voluntas creditoris manifesta est. Atque hoc modo accipiendum est [12] generale et speciale mandatum, quo Ulpianus verum procuratorem definit in *d. L. vero*, *de solut.* Quod si cui mandatum sit aliis de rebus, quam de pecunia, quæ soluta est, exi-

11) Protutori autem non solvens non liberatur, nisi pecunia in rem pupilli pervenerit *L.* 28. *h. t.* Exceptiones tres adfert. A. Fab. 1. *Jurispr.* 12. *Pr.* 8. *Ill.* 31. (1) Nisi obligatio illa ab ipso protutore caussam et originem habuerit, ut in *L. filiæ* 88. *h. t.* etsi sciat debitor tutorem non fuisse, modo is sit solvendo *d. L.* 88. si vero ignoret omnimodo (2) Nisi Prætor decreverit rata esse omnia gesta protutoris *L.* 1. §. *pen. Quod fal. tut. auct.* (3) addit Faber: Nisi solutio facta ei, qui vere tutor fuit, sed desiit ex ea caussa, quam probabiliter solvens ignoravit, puta superveniente pubertate, ubi nihil est, quod solventi queat imputari. Quid enim si ipse, jam pubes factus, patiebatur manere in administratione, et tutorem nominabat. etc. ita Fab.

12) Nec distinctio Accursii, cum libera an sine libera datus sit Procurator omnium bonorum admittenda, Vaud. 1. Q. 47.

exigenda, accipiendave: quatenus id fit, ei procuratori non recte solvitur; quia non utitur domini voluntate ad eam solutionem recipiendam. Hinc illud, procuratori litis non recte [13] solvi. *L. hoc jure*, 86. *D. de sol.* Non enim cui de movenda et persequenda lite adversus Titium mandatum est, ideo ei quidquam de pecunia recipienda mandatum intelligitur. Item illud, si ex duabus summis quæ creditori ab uno debitore debebantur, mandatum sit, ut unam acciperet, et debitor huic procuratori utramque solverit, quod extra mandatum est, inutiliter solutum videri. *L. ex pluribus*, 89. §. 1. *D. de sol.*

XXIV. Et actori servo recte solvitur. *L. solutam*, *D. de solut.* nempe quia et hic ad pecunias domini exigendas accipiendasve eadem voluntate domini utitur. Nam actor in usu juris, id est in servis, quod in liberis hominibus procurator. Ut enim procurator est homo liber, qui mandatu domini negotia ejus administrat: sic actor is servus, cui jussu domini in negotiis ejus aliquid agendum commissum est, seu cui actus aliquis in rerum domini administratione commissus est: unde actoris verbum: ut, si cui servo res rationesque domesticæ aut urbanæ commissæ sint, si cui res rusticæ, ut licet intelligere maxime ex *L. herede*, in princip. *D. de fid. lib.* *L. si is cui*, 94. §. 1. *D. de sol.* Actorum species fuerunt dispensatores servi. Nam et dispensatores actores sunt; adhibiti ad res agendas pecuniasque dominicas exigendas, sed ad certum usum, nempe ut usu exigente familiæ dispenset, et tribuat in eos usus quos dominus jusserit. Unde et si quæ sint nomina quæ ad eam administrationem pertineant; etsi dominus in his creditor est, et actionem eo nomine sibi partam habet, tamen dispensatori recte [14] solvitur. *L. dispensatori*, 51. *L. dispensatorem*, 62. *D. de solut.*

XXV. Etiam ii servi quibus dominus, ii filii familias quibus pater peculium habere permisit, permissum et mandatum a domino et patre accipere videntur, ut pecunias ejus peculii et credant ne sint otiosæ, et creditas a debitoribus recipiant, ut docui ad *L.* 2. in fin. *D. si certum petat.* Ideo et debitores peculiares acceptis ab his pecuniis, his solvendo ipso jure liberari placet. *L. fugitivus*, 19. *L. si servus*, 32. *L. quod servus*, 36. *D. de solut.*

XXVI. Ergo his omnibus hactenus recte solvi ex eo apparet, quod his voluntate creditoris solvitur: et hinc voluntas intelligitur, quod pecuniis exigendis accipiendisve a creditore præpositi fuerunt. Sed hoc tamdiu debitori facere concessum est; quandiu voluntas, et mandatum superius perseverat. Voluntate finita, et procurator et actor esse desinunt id quod prius fuerant: et qui peculium acceperunt, desinunt peculium habere. Finitur autem hæc voluntas in rebus dominicis, quibus gerendis procurator aut actor adhibitus est, vel mandatu revocato, et cum hi ab actu sibi commisso remoti sunt, vel domini morte. §. *recte*, *Instit. de mandat.* de quo postea suo loco. Unde his casibus res eo redire videtur, ut si debitor vel revocato mandato, vel creditore mortuo solvat veteri procuratori, vel actori, vel dispensatori, non liberetur; quia jam verum sit alii solutum, non voluntate creditoris.

XXVII. Et hoc ita esse constat, si debitor revocatum mandatum, aut morte finitum sciens his solverit: quod si solvit ignorans, placet nihilominus liberari. *L. vero*, 12. *L. si quis servo*, 18. *L. si servus*, 32. *L. qui hominem*, 34. §. *si Titium*, *L. si cum*, 82. *L. dispensatori*, 51. *D. de solution.* §. *recte*, *Institut. de mand.* Non sane quia hoc posteriore casu non etiam verum sit solvi alii ignorante aut invito creditore, sed quia si ignorans debitor iis solvendo, quibus per mandatum creditoris licuit, non liberetur, futurum sit, ut factum creditoris illi noceat: quod certe iniquum est in justa ignorantia alicui nocere: ratio reddita in *d.* §. *recte*, *de mand.* duciturque ex regula naturæ, qua efficitur, factum cuique suum, non adversario nocere debere. *L. factum cuique*, *D. de regul. jur.*

XXVIII. Sed quem ignorantem solvendo hic liberari dicimus, visum est eum interdum ipso jure liberari, alias non nisi per exceptionem. De quo exstat Africani distinctio in *L. cum quis*, 38. §. 1. *D. de solution.* in hanc sententiam; ut si is cui mutata creditoris voluntate ab ignorante debitore solvitur, non ea mente nummos acceperit, ut eos lucretur, liberetur debitor ipso jure: id autem ita intelligetur, si ille acceptos creditori reddiderit. Sin acceperit furtum eorum facturus, liberatio non contingat ipso jure debitori: sed tamen æquum

13) Diversa enim potestas solutionis accipiendæ et actionis exercendæ. Nam et quibus sine mandato agere licet *L.* 35. *de Proc.* solvi nequit *L.* 22. *h. t.* Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 316. Cui tamen mandatum est ad contrahendum, ex. gr. vendendum, locandum, datum, eidem et pretium vel merces solvi potest, Benv. Straccha *de Mercat. T. Mandati a.* 23.

14) *L.* 4. *L.* 19. *C. h. t. L.* 11. *D. Depos.* Briss. *Lib.* 1. *p.* 310.

quum sit doli mali exceptione ei succurri, [15] si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus furem habet creditori præstare. Cujus distinctionis Africanus *ibidem* hanc rationem reddit, quod priore casu nummi debitoris esse desinant, et fiant creditoris; ut perinde sit, quasi creditori ipsi soluti essent: posteriore nummi maneant debitoris, qui non fuit hoc animo, ut in furem quidquam transferret. Qui autem debitoris manent, certum est eos creditoris non fieri: Quo posito, recte colligit Africanus nec solutionem nummorum esse, nec liberationem contingere: quia ante diximus non solvi eam rem quæ in creditorem non transfertur. *L. cum quis*, 38. §. *qui hominem, de solution.* Et tamen etiam hoc casu exceptionem recte dat debitori ignoranti; quia semper manet illud quod dixi, quocumque animo sit qui nummos solutos accepit, non esse æquum creditoris mandatu et facto debitorem ignorantem decipi, qui nisi mandatum creditoris initio intervenisse scisset, non solvisset procuratori. Revocatum quidem est mandatum: Sed juste hoc debitor ignoravit non admonitus a creditore: justa hæc in facto alieno ignorantia illi nocere non debet. *d.* §. *recte*, *Inst. de mand.* Non adversantur huic distinctioni ii loci, quibus simpliciter scriptum est, debitorem ignorantem his casibus solventem liberari: ut *L. vero*, *L. si quis servo*, *L. si servus*, *L. dispensatori*, *de solution.* Semper enim verum est eum liberari: postquam hoc constitutum est eum liberari aut ipso jure, aut per exceptionem: nam et per exceptionem liberari recte dicimur.

XXIX. In rebus peculiaribus potestas servo aut filiofamilias solvendi facta in iis quæ peculiari nomine contracta sunt, non prius revocata intelligitur, quam peculium supra scriptis personis ademptum fuerit. Proinde si servus, qui peculiari nomine contraxerat, quo nomine et actionem domino quæsierat, aut manumissus sit, aut alienatus, aut mortuo domino ad alios dominos transierit, nihilominus debitor qui hæc sciat, ei solvendo liberabitur, sive peculium ei ademptum non est, sive ademptum est, et debitor ei ademptum ignoravit. *d. L. si quis servo*, *d. L. si servus*, *D. de sol.* Quippe potestas huic solvendi potestatem peculii exercendi sequitur: quam proinde manere necesse est, quandiu peculium manebit: manet autem, quandiu non est ademptum. Eadem intelligenda sunt, si quid cum filiofamilias contractum sit ex caussa peculii profectitii; deinde filio emancipato, aut patre mortuo debitor filio solverit, dum peculium illi ademptum ignorat.

XXX. Atque hæc de illis dicta sunt, quibus pecunia solvitur, ad quos ipsos mandatum creditoris dirigitur, ut pecunias vel exigant vel accipiant. Est etiam, ut dixi, cum mandatum creditoris conferatur ad debitorem ipsum: quod fit, cum creditor jubet debitorem suum Titio solvere. Et si quidem permittitur hoc debitori extra stipulationem, ejusdem voluntatis est et potestatis cum specie superiore: ut quemadmodum supra, ita et hic recte solvatur Titio ex voluntate creditoris: *L. solutam*, *de sol.* et si creditor vetuerit Titium accipere, aut creditor mortuus sit, debitor autem nihilominus ei solvat, eadem hic sit distinctio de liberatione ejus, quæ supra, ut si ignorans quid istorum accidisse, solverit, liberetur; si sciens, non liberetur: quinimo usurpata est superior distinctio a veteribus in hac ipsa specie, cum quæritur de iis, quibus finito mandato solvitur. *d. L. vero*, *L. si quis servo*, *L. si servus*, *L. cum quis*, §. 1. *de sol.*

XXXI. Sed hoc ita est, inquam, cum creditor debitori suo permittit Titio solvere extra stipulationem. Sciendum est autem id permitti debitori a creditore dupliciter: alias extra stipulationem, alias ipsa stipulatione. Extra stipulationem, cum jam obligatio debitore simpliciter, jubet creditor eum Titio solvere. Stipulatione ipsa, cum stipulatur creditor sibi aut Titio dari. Hic enim stipulatori soli obligatio acquiritur: solum solutio, id est, jus solvendi in Titium adjectum confertur: §. *plane*, *Instit. de inut. stipul.* In hac vero specie non idem per omnia servatur, quod in superiore. Proinde et hic dissimilitudo observanda est: quam ob caussam et has species inter se, et genus ipsum a priore distinguimus. Et cum creditor permittit debitori ipsi solvere Titio, sive extra stipulationem id faciat, sive stipulatione; ex utraque re potestas Titio solvendi debitori est eadem: sed hujus potestatis perseverantia atque exitus in utraque specie longe dissimilis. Potestas Titio solvendi ex utraque tanta est, quantum verba permissus concedunt, non latior.

XXXII. Verbis promittitur debitori non quod-

15) Ita et Cujac. 7. *ad Afric.* *in d. L.* 48. §. 1. sic accipiendum scribens quod in *L.* 18. *in fin. h.* dicitur liberari debitor scilicet per exceptionem.

quodvis factum, sed tantum dare, solvere Titio. Proinde Titio recte solvet debitor; novando autem cum Titio, aut Titio debitorem suum delegando, aut acceptilationem ab eo auferendo, se non liberabit, *L. quod stipulatus*, 10. *D. de solut.* Permittitur solvere non cuivis, sed nominatim Titio. Quo circa cuicunque alii personæ solverit debitor, non liberabitur, quanvis sit ea persona, quæ alioqui in jure rerum nostrarum existimetur esse eadem. Quod omnibus exemplis earum personarum, quæ putantur esse eædem, declaratur. Sunt autem hæc. Stipulatus quis est sibi aut Titio dari: si Titius decesserit, heredi ejus solvere non poterit. *L. si stipulatus*, 81. in princ. *D. de solut.* Constat tamen heredem existimari eamdem personam cum defuncto, cum de jure defuncti agitur. *Novel. de jurejur. a mor. præst.* Item stipulatus est sibi aut Sticho servo Semprónii. Sempronio domino servi solvi non potest. *L. stipulatus*. 9. in princ. *D. de sol.* Et tamen quod servo acquiritur, id domino acquiritur, perindeque factum servi in omni administratine habetur, quasi in domini persona id constitisset. *L. quodcunque D. de verb. oblig.* §. *ei vero*, §. *post mortem*, *Instit. de inut. stip.* Item stipulatus est sibi aut pupillo dari. Frustra debitor tutori pupilli dederit, ut liberetur, nisi pecunia ad pupillum ipsum pervenerit. *L. Stichum*, 95. §. *usumfructum*, *D. de solut.* Et tamen ante diximus in his quæ ad pupillum pertinent, tutorem pro domino haberi, atque hinc quod pupillo dari debeat, tutori recte solvi. *L.* 14. *L. solutam, de sol.* Sed hæc in potestate Titio solvendi ideo non servantur, quia hanc potestatem non metimur ex jure ejus cui ex superiore mandato solvi potest, cui jus nullum inde acquiritur, ac nec potest acquiri: sed ex voluntate creditoris, cujus in hac caussa res agitur; is autem voluit tantum solvi, et solvi certæ tantum personæ, non aliud, aut alii. Quod si utrumque concurret, ut et debitor pecuniam solvat, et solvat Titio, liberabitur, quisquis erit iste Titius, nec in eo aut accipientis intelligentia, aut cujusquam alterius auctoritas desiderabitur. Et ideo si quis stipulatus sit sibi aut Titio pupillo, promissor et sine tutoris auctoritate solvendo pupillo, liberabitur. *L. si stipulatus*, 10. *D. de solut.* Scilicet quia dum Titio solvitur voluntate creditoris, sic accipitur solutio non quasi alii solutum esset; sed quasi [16] creditori, quia ita sibi solvi voluit. *L. si ita stipulatus*, 59. *D. de solut.* In quo si quid incommodi est, sibi imputare debet, qui tali contentus fuit. Satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio*, 52. *de sol.* Huc facit *L.* 7. §. *ult. L. seq. D. de inst. act.* Qua ratione placuit, si res aliena, aut statuliber solutus sit Titio, actionem integram manere creditori non aliter, quam si hæc eadem creditori ipsi soluta essent. *L. qui sibi*, 33. *D. de sol.* Item si indebitum Titio solutum sit, esse indebiti conditionem adversus creditorem non adversus Titium. *d. L. si ita*, 59. *L. qui hominem*, 34. in pr. *de. sol.* Ne illud quidem intererit, qua mente accipiat. Titius secus quam creditor velit. *d. L. qui hominem*, 34. §. *si debitorem*, *de sol.*

XXXIII. Potestas ergo, ut dixi, solvendi Titio est eadem, sive permittatur ei solvere extra stipulationem, sive ex stipulatione. Sed perseverantia ejus potestatis longe dissimilis. Nam cui postea permissu creditoris datum est Titio solvere, ei contraria voluntate creditoris hæc potestas adimi potest: ut sive ei denuntiet creditor, ne solvat Titio, sive idem Titium vetet accipere, idque debitor sciat, jam amplius Titio solvi non possit. Cui autem jure stipulationis solvi potest, huic contraria voluntas creditoris, aut mors nihil adjuvat postea, quominus et invito creditore, et multo magis mortuo recte ei solvatur. *L. vero*, *L. antep. D. de sol.* §. *plane*, *Institution. de inut. stip. Quippe*, inquit Ulpianus in *d. L.* vero, *certam conditionem accepit stipulatio, quam stipulator non potuit immutare.*

XXXIV. Finitur tamen interdum hæc ipsa potestas Titio solvendi jure stipulationis promissori quæsita. Finitur autem tribus modis: capitis minutione Titii adjecti; petitione stipulatoris; et pecunia eadem creditori postea a debitore constituta.

XXXV. Capitis minutione Titii adjecti, idest status ejus mutatione, desinit illi solvi posse, si status ejus mutatus sit in duriorem caussam; puta si libertatem amiserit servitute; si civitatem deportatione; si familiam arrogatione quæ sunt genera capitis minutionis relata in *L. ult. D. de cap. minu.* Et hoc est; sive Titio postea servo facto, sive postea deportato, sive postea arrogato debitor solverit, non liberatur. *L. cum quis*, 38. in princip. *D. de sol.* Quod si Titius statum mu-

16) Et cum tanquam alii restituturus accipiat, non laboramus, an profusurus sit. Neque enim de suo aliquid sic deminuet. Nam si non amisit nummos, cogetur reddere stipulatori *L.* 131. *de V. O.* Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 316. Donel. noster *ad L.* 55. *de V. O. n.* 8. Ac sibi imputet stipulator, quod non alium elegerit, Straccha *de Adjecto P.* 3. *n.* 16.

mutaverit in melius, non modo non minuitur eadem potestas illi solvendi, sed potius augetur, certe perseverare constat. Veluti, si quis stipulatus sibi aut Titio filiofamilias, ac deinde filiusfamilias emancipetur. Est in emancipatione capitis minutio. *L.* 3. §. 1. *D. de cap. min.* sed nihilominus sui juris facto solvendo promissor [17] liberabitur. Est enim hæc sententia non obscura. *L. cum qui ista.* 56. §. *qui sibi*, *D. de verb. obl.* ut illic ostendi. Neque refragatur *d. L. cum quis*, 38. *de sol.* ut docui pluribus ad *L. cum quis*, 55. *de verb. ob*. Et recte hæc distinctio in hac re a veteribus admissa est, sumpta ex mente et proposito stipulantium. Nam qui stipulantur sibi aut Titio dari, idcirco in Titii personam solutionem conferunt, quia id agunt, ut Titio datum postea ad se recipiant, et sciunt, quo statu nunc est Titius, se facile ab eo consequi posse. Ex quo intelligitur hunc quoque eorum animum esse, ut tandiu solvatur Titio, quandiu a Titio recte recipere solutum possunt. At Titio in duriorem caussam capite minuto, puta in unam aliquam ex iis tribus quis initio diximus, aut desinit esse Titii conveniendi copia, quæ prius fuerat, aut si conveniri potest, desinit esse solvendo, quia in bonis nihil habet. Quod si in meliorem caussam status Titii mutatus est, ut quia ex filiofamilias sui juris factus est: hic contra evenit, ut creditor ab eo citius solutum accipiat, cum pro conditione personæ et facilius conveniri possit, et citius habere, quod creditori solvat.

XXXVI. In hac tamen capitis deminutione Titii Papinianus usumfructum excepit, quem diceret in superiorem stipulationem deductum, etiam Titio capite minuto solvi posse. Finge aliquem stipulatum a domino fundi Tusculani usumfructum his verbis: Mihi aut Titio fundi Tusculani usumfructum dabis? Titium aut deportatum postea, aut cum sui juris esset, fuisse emancipatum. Respondit Papinianus non ideo facultatem solvendi Titio intercidere: ut intelligamus debitorem Titio quanvis capite minuto nihilominus usumfructum recte soluturum, et si solverit, liberatum iri *L. Stichum*, 95. §. *usumfructum*, *de solut.* In quo, ut dixi, usumfructum excepit Papinianus a rebus cæteris in hujusmodi stipulationem deductis. Et recte duabus de caussis. Nam primum in proposito nihil interest stipulatoris quo tempore ususfructus hic solvatur Titio adiecto, utrum cum manet adhuc in eodem statu, an cum capite postea minutus est. Meminisse enim debemus conditionem hanc esse ususfructus, ut si quando præstetur Titio ex supra scripta stipulatione, nunquam tamen rediturus sit ad stipulatorem, ut fiat stipulatoris proprius, etiam si maxime præstetur Titio in integro statu manenti: quoniam ususfructus apud eum finitus, aut alteri cessus redit ad dominum, eundemque promissorem, §. *ult. Institution. de usuf.* Tum autem multum etiam promissoris interest, utri potius ususfructus hic solvatur, stipulatorine, an Titio: quoniam si Titio solutus erit, fieri potest, ut is citius finiatur Titio citius mortuo: unde eveniet etiam, ut ita finitus ususfructus citius ad promissorem redeat.

XXXVII. Petitione creditoris eadem potestas Titio ex stipulatione solvendi finitur, cum stipulator egit cum debitore, et judicio petiit, quod superiore stipulatione debebatur. Quod ipse facere potuit, et quidem solus, cum ei soli ea stipulatione obligatio et actio acquiratur, Titio nihil. §. *plane*, *Inst. de inut. stip.* Hoc, inquam, cum fecit stipulator, amplius Titio solvi non potest, quanvis ante litem cum stipulatore contestatam posset, ut est in *L. si quis stipulatus*, 57. *D. de sol.* Hoc ideo, quod cum agente stipulatore ad magistratum ventum est, conventus debitor necesse est alterum, ut aut fateatur se debere actori, aut neget. Si fatetur, partes magistratus sunt, ut tanquam lite contestata et probata jubeat eum solvere, idoneo spatio dato, intra quod possit solvere actori, aut si id postulet, Titio: qui si Titio non solverit intra id tempus, sententia mandabitur adversus eum executioni. *L. si debitori*, *D. de jud.* Si neget se debere, litem contestatur. *L.* 1. *C. de lit. cont.* Lite contestanda et judicio accipiendo suscipit in se novam obligationem judicati, quam postea defugere non potest. Judicio enim contrahitur. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Renuntiare autem semel constitutæ obligationi

17) Diss. Cujac. 7. *ad. Af.* in *d. L.* 38. *pr. et ad L.* 55. *de V. O.* volens idem esse in manumissione, et emancipatione, in quo ei consentit A. Fab. 3. *Conject.* 10. quia ratio Africani ostendat non separandam emancipationem ab aliis capitis minutionibus, quibus noster occurrit. Cujacius autem intelligit *d. L.* 56. §. 2. *et d. L.* 95. §. 6. ubi filius tempore stipulationis jam capite minutus sit. Quod ipsa verba refellunt, maxime ea, *sibi aut extraneo*, *an sibi aut filio*, ubi filius necessario, qui tempore stipulationis in potestate est: Emancipatus enim est extraneus. Nec ulla, ea ratione, dubitationis caussa. Quam rem A. Faber dissentiens agnoscit. Sed nostro herba porrigenda. Cui et communis sententia interpretum succinit, vid. Vasquez. 2. *Contr. usufreq.* 22. *n.* 8. *C.* 9.

ni adversario non consentiente nemo potest. *L. sicut*, *C. de obl.*

XXXVIII. Pecunia eadem creditori postea a debitore constituta finitur potestas Titio solvendi, si debitor constituerit se soli stipulatori soluturum: nominatim, inquam, hoc addito, ut diceret se soluturum ei soli: quæ Pauli sententia est in *L. si vero*, *D. de pec. const.* Alioqui si idem simpliciter constituit se stipulatori soluturum: quanvis æque hic stipulatori competat de constituta actio, tamen eodem auctore Paulo potest debitor adhuc Titio solvere, ut postea actionem de constituta pecunia non metuat. Hoc in *L. si ita stipulatus*, 59. *D. de sol.* Recte utrumque: nam cum post pecuniam stipulatori constitutam debitor solvit Titio, ideo amplius stipulatori de constituta non tenetur, quia Titio solvendo, ipsi creditori solvi videtur, ut est in *d. L. si ita stipulatus* 59. Sed hoc hactenus retinendum est, nisi inter contrahentes aliud actum esse appareat. *L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. jur.* Quod tunc factum esse constat, cum convenit in constituto, ut debitor soli stipulatori solveret. De hac omni potestate Titio solvendi, atque adeo de conditione totius hujus obligationis, qua stipulatur quis sibi aut Titio dari, si quis plura desiderat, et ad locos veterum de omnibus partibus hujus potestatis scriptos explicandos certiora, et confirmatiora, legat quæ de hoc loco diligenter scripsimus ad *L. cum quis*, 55. *D. de verb. obligat.*

XXXIX. Et in his omnibus ideo alii recte solvitur, quia solvitur voluntate creditoris, sed ea voluntate, quæ solutionem antecedit. Est etiam, ut proposuimus, cum sequatur solutionem voluntas creditoris. Ea est autem, cum pecunia non consentiente creditore alii soluta, ipse postea solutionem ratam habet. Et hæc ratihabitio idem efficit, nihil ut intersit utrum mandante creditore alii pecunia solvatur, an creditore postea ratum habente: quia ratihabitio mandato comparatur. *L. invito*, *C. de sol.* *L. vero*, in fin. *D. eod.* *L. ult. C. ad Sen. Mac.* Ac non pluribus modis voluntate creditoris alii solvi potest, aut solutum intelligi.

XL. Quo circa si ut est propositum, alii quam creditori, aut ei qui habeatur pro creditore, solvi non potest: de eo quod non recte solvatur, sic recte definiemus: quod tutoribus aut curatoribus solutum non erit, si neque mandante, neque ratum habente creditore solutum sit alii, debitorem ea solutione non liberari; quia alii solutum sit, quam debuit. *d. L. invito*, *C. de sol.* *L. qui hominem*, 34. §. *si nullum*, §. *si gener*, *D. eod.* §. *recte*, in fin. *Inst. de mand.*

XLI. In quo neque persona conjuncta accipientis, neque debitoris error alii solventem defendit. Sit filiusfamilias, cui debitor paternus invito patre solverit: filius debitorem non [18] liberabit: adquirere enim patri obligationem potest: deminuere non potest. *L. filiusfamilias*, 22. *de sol.* Sed etsi error solventis accesserit, ut se suo creditori solvere justo errore deceptus existimet, nihil hoc ei profuerit ad liberationem. Cujus rei argumentum hoc est, quod si quis cum servo contraxerit, qui se pro libero gerebat, aut ab alio bona fide possidebatur, quantumvis justo hoc errore ducatur, cur se huic cum quo contraxit, aut possessori ejus debere putet; tamen si alterutri solverit, placet eum non liberari, et nihilominus teneri adhuc vero domino, cui ex contractu servi actio quæsita erat. Finge fugitivum qui pro libero se gerebat rem vendidisse. *Rerponsum est*, inquit Julianus, *emptoris fugitivo solventes a domino liberatos non esse.* *L. qui hominem*, 34. §. *et cum fugitivus*, *D. de sol.* Finge servum alienum bona fide possessum quid emisse ex peculio quod ad dominum pertinebat. Ut ei domino quæritur ex empto actio; ita ejusdem Juliani sententia est ab eo non liberari venditorem, quanvis justo errore deceptus rem venditam tradiderit possessori, quem dominum servi putabat; sed dominum eumdemque verum creditorem integram ex empto actionem habere, ut refertur in *L. cum fundus*, §. 1. *D. si cert. pet.*

XLII. Quo tamen loco contrarium quis esse dixerit, quod scribitur in *L. fugitivus*, 19. *D. de sol.* Proponitur fugitivus cum pro libero se gereret, nummos domino surreptos credidisse. Placet si is qui acceperat, eum liberum existimans solverit ei, liberari a domino debitorem. Et tamen cum fugitivus nummos domini credit, si hi consumpti fuerint, nascitur inde condictio, et hæc domino acquiritur. *L. rogasti*, §. *ult. D. si cer. pet.* ut necesse sit, si hæc pecunia deinde fugitivo isti solvitur, pecuniam alii solutam videri, quam creditori suo, ubi tamen liberationem contingere diximus. Sed in hac pecunia domi-

18) Nec maritus aut uxor *L.* 11. *C. h. t.* vid. Frid. Pruckman. *Vol.* 2. *Cons.* 24. *n.* 87. *et seqq.* Nec gener solidam dotem socero solvere potest, quæ ipsi cum filia communis. *L. qui hominem* *L.* 34. §. 6. *h.*

minica, quam et servus fugitivus credidit, proprium jus est, ut si hæc deinde eidem fugitivo ab ignorante debitore reddatur, debitor liberetur. Nam cum id fit, perinde est, quasi pecunia nunquam esset credita, nec unquam a domino recessissset. Prius enim domini erat. Reddita servo, iterum domini efficitur, reditque in ejus potestatem, ut prius fuerat. Qui rem alienam accepit, et movit loco, si reponit in suum locum, facitque, ut dominus eodem statu rem habeat; nec movisse videtur: facit denique, ut si prius res esset furtiva, tamen furtiva esse desinat, quasi in potestatem domini redierit. *L.* 4. §. *item Labeo*, *D. de usur. et usuc.* Quod de cæteris rebus dici non potest, quæ debitæ ex contractu servi, prius domini non fuerant: quale est pretium, quod domino ex venditione servi, aut res vendita, quæ ex servi emptione cœpit domino deberi. Sed etsi pecunia domini a servo fugitivo credita reddatur jussu ejus alii, non potest videri pecunia rediisse in domini potestatem, cum ejus facta non sit. Quam ob caussam etiam hoc casu debitorem nec liberari placet, *d. L. fugitivus*, *de solut.*

XLIII. Eadem et in filiofamilias intelligenda sunt: ut scilicet si his pro homine sui juris se gerens rem aliquam paternam vendiderit, aut alienam emerit ex pecunia patris; patri ita acquiratur illic quidem actio ex vendito, hic autem actio ex empto; ut si emptor ignorans filio pretium solvat, aut venditor rem venditam ei tradat, non liberetur. Et rursum si pecuniam patri surreptam is filius pro sua crediderit, eique bona fide soluta sit, debitor liberetur. Sunt enim hæc omnia ejusdem rationis: cum quidquid ecquirit filius ex re patris, id patri acquirat: §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* et hac ipsa de caussa si pecunia ei reddatur per occasionem pecuniæ paternæ prius creditæ, ea redeat ad patrem, ut prius erat ab eo profecta.

XLIV. Multo ergo minus liberabitur, si quis sciens cum quo creditore contraxerit, solverit alii quanvis justo errore; puta ei qui se alienis negotiis offerat, quem eundem putet verum procuratorem, aut an sit, dubitet. *d. L. qui hominem*, 32. §. *si nullo*, *D. de solut.* Sane si dominus postea ratum habuerit, tum debitorem liberari jam ante diximus.

XLV. Inde quæsitum est, ante quam dominus haberet ratum, an condici ex caussa solutum possit. Quid ni, dicat aliquis? cum solutum sit ob caussam, ut debitor liberaretur, quod hic factum non est: ut sit videlicet debitori eo nomine condictio ob caussam dati caussa non secuta? *L. si militem*, *L. ancillam*, *C. de cond. ob cau.* Et extat de hac re Juliani distinctio relata in *L. si quis offerenti*, 58. *D. de sol.* in hæc verba: *interesse*, *qua mente* in proposito alii se negotiis creditoris offerenti *solutio facta esset: utrum ut statim debitor liberaretur*, *an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu statim condici posse procuratori: posteriore tunc nasci condictionem*, *cum dominus ratum non habuisset.*

XLVI. Hanc sententiam excepit alia quæstio: quando videatur dominus ratum non habuisse, ut fiat locus condictioni: utrum statim, an cum aliquod spatium præcesserit, et quodnam id spatium intelligi oporteat. Et hic locus est ei fragmento quo hæc res definita est ab eodem Juliano, extatque in *L. ratum*, 13. *D. de solut.* ad hanc sententiam: spatium aliquod temporis accipi debere: certum id definiri non posse: solum hoc dici posse, tantum esse sumendum, quantum ad monendum de ea re creditorem est opus, non ut minimum aut maximum in eo exigamus, sed moderatum pro more institutoque hominum communi eamdem rem tractantium. Quod totum judici æstimandum erit, si de eo erit controversia inter litigatores. Quæ et ipsa regula generaliter traditur in omnibus dandi et faciendi obligationibus, cum quæritur, intra quod tempus quidque dari, aut fieri possit. *L. continuus*, §. *cum ita*, *et* §. *item qui D. de verb. obl.*

XLVII. Quod tamen dicimus, si neque mandante neque ratum habente creditore solutum sit, debitorem non liberari. *d. L. invito*, *C. de sol.* hactenus verum est, si nec pecunia soluta pervenit ad creditorem. Quod si pervenit, incipit eventu perinde esse, quasi jam creditori ipsi soluta esset: quid enim interest, quomodo ad eum perveniat, per ipsum, an per alium? Quamobrem et hoc modo generaliter receptum est, liberari debitores: ut, si debitores pupillares solverint ei qui pro tutore negotia gerebat, et pecunia in rem pupilli pervenerit. Si prædo quod a debitoribus hereditariis exegerat, petenti hereditatem restituerit. Si mater filiæ suæ pupillæ negotia gerens pecunias filiæ nomine exegerit, deinde eam marito nuptum collocans res ei tradiderit: quæ ordine horum locorum exempla sunt. *L debitores*, 28. *L. qui hominem*, 34. §. *si prædo*, *L. filiæ*, 88. *D. de sol.* Hoc tamen ita, si debitores hoc

ani-

animo solverint, ut creditori ipsi vero, non ei cui pecuniam solverunt, si creditor esset, solutum vellent.

XLVIII. Quod si ejusdem pecuniæ duo fuerunt creditores, quorum uni sine alterius consensu solvi non potuit: si proponas nihilominus debitorem solvisse uni sine alterius consensu, deinde ad hunc postea pecuniam pervenisse: placet quidem debitorem liberari; sed ope tantum [19] exceptionis. Quod in ea specie responsum est, cum pater qui sine consensu filiæ dotem soluto matrimonio a viro aut viri heredibus exegerat, postea eamdem alii viro ejusdem filiæ nomine dedit, et filia mortuo patre a priore viro eamdem dotem petit. Responsum hic inquam, filiam doli mali exceptione repelli. *L.* 4. *D. sol. mat.* Liberatur ergo saltem exceptione maritus, qui dotem filiæ debitam alii solverat, quia dos postea versa erat in rem filiæ, atque hoc modo ad eam pervenerat. Non liberatur autem ipso jure, quia maritus ita solvit patri, ut se ab eo liberatum vellet: nec frustra: nam et hic creditor fuit: dos enim filiæfamilias a patre profecta communis est patri et filiæ. *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. sol. mat.*

19) Sic solutio creditori creditoris facta liberat ope exceptionis *L.* 6. *de doli except.* Briss. *Lib.* 1. *de Solut. pag.* 327. Casus quoque, quibus alii quam creditori solvere coactus liberatur, peti possunt ex Menoch. *Arb. Cas.* 138. Quid si a judice alii solvere compulsus vid. Parlador. 2. *Rei. quotid. Ca. fin. pag.* 5. §. 17. *n.* 8. Gutierez. *Pract. QQ. Lib.* 1. Q. 81. *n.* 10. *et seqq.* non liberari scribens, si mandato injusto paruit, et Pruckman. *Vol.* 2. *Cons.* 24. *n.* 138. *et seqq.*

CAP. XI.

Quo tempore, quove loco, et quatenus quidque quod debetur, præstari possit et debeat ad justam solutionem.

I. UT in personis solventis et accipientis id servandum est ad justam solutionem, quod obligatio exigit: in quo est, ut sit qui recte solvat, ut sit cui recte solvatur, de quo diximus: ita servandum idem et in circumstantiis præstandæ rei, si quid sit in his, quod ex obligatione præstari oporteat. Sunt autem hæ circumstantiæ in omni præstatione rei debitæ tres; tempus præstandi, præstandi locus, et quantitas præstationis.

II. De tempore, quo quidque præstandum sit, supra suo loco abunde diximus cum in obligationibus conditionalibus, tum in diem et puris. Quæ omnia etiam ad rectam solutionem pertinent, postquam id demum recte solvitur, quod debetur, solviturque etiam ut debetur. Quod tamen ad hunc locum breviter dicere necesse sit: de eo tempore hæc juris summa est. Si quid ex quavis caussa obligationis nondum debetur, id nec solvi potest, nec solutum parit liberationem. Est enim solutio rei debitæ solutio, ut initio ostendimus, quo fit, ut in rem non debitam solutio non cadat. Tale est, quod debetur sub conditione: quod quia pendente conditione non modo peti non potest, sed nec debetur. *L. cedere, D. de verb. signif.* Ideo placet eum qui interim dedit, non magis

gis [1] liberari, quam qui non fecit, quod promisit. *L. stipulatio ista*, §. *inter*, *D. de verb. obl.*

III. Contra si quid quavis ex obligatione debetur, exinde ex quo deberi cœpit, etiam solvi potest invito creditore, quanvis nondum debeatur ita, ut possit peti. Exemplo est, quod promissum est certa die dari, puta Calendis Januariis. Id creditor ante diem petere non potest. §. *in diem*, *Inst. de verb. obl.* At potest debitor ante diem dare etiam invito creditore: quia dies adjicitur debitoris caussa: quo propterea uti potest ad dilationem, si vult; si non vult, licet ei juri suo renuntiare. Hæc diserte tradita in *L. quod certa*, 70. *D. de sol. L. eum qui Calendis*, §. 1. *L. stipulatio ista*, §. *inter*, *D. de verb. obl.* Et quid aliud significat definitio illa superior, solutione ejus quod debetur, tolli obligationem? *Inst. quib. mod. tol. obl.* nam et quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur. *d L. cedere*, *de verb. sig.* Quæ si satis non sunt, quoniam exstiterunt nostra ætate, qui contra manifestam sententiam juris, et inter omnes [2] receptam disserere audent; age adjiciamus eum locum qui veræ sententiæ confessionem illis exprimat. Is est in *L. qui res*, 98. §. *mihi dare*, *D. de sol.* ubi si quis stipulatus sit sibi aut Titio Calendis Januariis dari, diserte respondetur licere debitori non solum solvere creditori: sed etiam Titio, utrique ante Calendas. Atqui scimus quod Titio adjecto recté solvitur, id solvi etiam invito stipulatore. §. *plane*, *Inst. de verb. obl.* Quare et hic licet Titio invito stipulatore solvere ante Calendas. Quod si Titio adjecto, quanto magis ipsi stipulatori? Non enim alia de caussa solutio Titio adjecto facta, rata est, quam quod dum adjecto solvitur, stipulatori solvi videtur, qui Titium in solutione voluit substitutum suo loco. *L. si ita stipulatus*, 59. *D. de sol.* Quæ adversus hanc sententiam disseruntur a quibusdam, satis diluimus *supra sub Tit. de jure conventionis et obligationis in diem.* Pluribus ad R. *eum qui Calendis*, §. 1. *de verb. obl* Hæc tamen de die adjecto ita, nisi constet diem adjectum etiam [3] creditoris caussa: quod cum constabit actum esse, et conven-

tio et voluntas testatoris in eo servanda est, ne ante diem solvere liceat, ut et superioribus locis docuimus. Exemplum in *L.* 3. §. *cum Pollidius*, *D. de usur.*

IV. Sed et in rebus præsenti die debitis potest creditor tam gravibus et necessariis occupationibus distringi vel publicis vel privatis, ut non possit, vacare tum pecuniæ numerandæ et cognoscendæ: ut proinde sit et hoc non opportunum ei solvendi tempus, ac si tum oblatam pecuniam accipere recuset, moram non faciat. *L. qui decem*, 72. in pr. *D. de sol.* Quid enim, si in Senatu occupetur Senator consiliis publicis? si pro tribunali jus dicat magistratus? si caussam agat in foro, aut acturus expetet patronus? si privatus uxorem ducat, aut mulier nubat? si quis funus ducat familiare, aut funus prosequatur [4]; ob quæ facta etiam olim excusatio fuit edicto constituta vocatis in jus, ne venire cogerentur. *L.* 2. *L.* 3. *D. de in jus. voc.*

V. De loco, ubi quidque solvendum sit, etiam ante propemodum dixisse videmur in jure obligationis. Nam cum ad id jus pertineret nosse, quo loco quidque debeatur, quo peti aut præstari possit: Ideo ibi et de eo proprio titulo diximus. Ex quo eadem opera potest intelligi, ubi quidque recte solvatur: postquam ibi recte solvitur, ubi et debetur, et præstandum est. Ne tamen et id jus nos fugiat, cum de solutione agitur; etiam de eo nunc breviter summam complectar. Si quid simpliciter debetur, nec quidquam de loco adjectum est: si quidem id quod pondere, numero, mensurave constat, ibi solvendum est, ubi petitur, et peti debet, ubi aut reus domicilium habet, aut obligatio contracta est. Sin debetur species, et corpus certum, veluti Stichus, hic equus, illi boves: ibi quodque recte solvitur, ubi est, nec cogitur debitor alio ad creditorem traducere: nisi dolo malo debitoris factum sit ut res transferatur alio, quam ubi prius erat: unde fiat creditori difficilior, et incommodior solutio, si eo venire, aut aliquem eo mittere ad rem accipiendam, et referendam aut traducendam cogatur. Extat distinctio in *L. quod legatur*, *D. de jud.* Vide in hanc par-

1) Potest tamen volenti ita solvere debitor, ut existente conditione liberetur, deficiente repetat, *L.* 16. *h. t.*

2) Coras. et Duar. *ad d. L.* 38. §. 16. Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 22. Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 348. A. Fab. 1. *Conjeçt.* 1. Gœd. *ad L.* 12. §. 1. *de V. S. n.* 5. Arumæ. *de Mora C.* 6. *n.* 9. Bron. 4. *Ass.* 36. Nam qui ante diem solvit plus præstat quod debet *L.* 15. *in fin. de ann. leg.* Et die solidum non solvi dicitur *L.* 85. *h.* Qui tardius solvit minus solvit per *LL.* a Goth. *ibid. notat.* Dies pars solutionis, vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 18. *n.* 35. *R.* 3. *seqq.* Jure Sax. res ea edita, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 65.

3) Gomez. 2. *Resol.* 11. *n.* 22. Petr. de Bella Pertica Q. 41. Quo pertinet *L.* 122. *pr. de V. O.* juxta interpretationem Ant. Fabri 1. *Conject.* 1.

4) Et quibus aliis temporibus in jus vocare non licet, Cujacius 8. *Afric. in L.* 39. *h. tit.* Donell. noster *ad L.* 19. *C. de Usur. n.* 4. Arumæ. *de Mora C.* 7. *n.* 4. Unde nec noctu fieri posse post Bart. *in L.* 8. *de fer.* Baldum *in L.* 19. *C. de Usur.* Briss. *Lib.* 1. *p.* 349. Sane quod tempus opportunum judici definiendum concedit Menoch. *Arb. Cas.* 232. *n.* 31.

partem plura infra, ubi de jurisdictione ejus loci agitur, in quo quis contraxit.

VI. Quod si dictum sit, quo loco quid præstari deberet, in eo hæc differentia juris inter creditorem et debitorem tenenda est. Placet enim creditori licere alio loco quam constituto petere quod debetur: proposita illi in eam rem arbitraria actione, in quam venit æstimatio ejus quod rei interfuit suo loco potius, quam in eo in quo petitur solvi, ne illi loci utilitas auferatur: venit interdum et utilitas actoris. De hac parte est in §. *loco*, *Inst. de act. L.* 1. *C. ubi conven. qui cert. loc. dar. promis. L.* 2. *D. de eo quod cert. loc.* diversa caussa est debitoris, quem contraria definitione placet, quod certo loco dare debuit ex obligatione, nullo alio loco solvere invito creditore posse. Extat definitio in *L. pen. D. de eo quod cert. loc.* In quo apparet minus tribui debitori, quam creditori. Quod cum prima fronte videatur constitui absurde, utpote contra eam æquitatem naturæ, qua placet aut favorabiliores esse reos, aut certe actoribus non plus tribuendum: *L. favorabiliores. L. non debet actori*, *D. de reg. jur.* merito quæritur hujus constituti juris in actore ratio. Est autem reddita in *L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* ad hanc sententiam: cum quid certo loco dari promissum est, ideo concessum esse stipulatori alio loco petere præter conditionem stipulationis, quia necesse fuit id facere, ut ad suum perveniret: alioqui enim futurum, ut reus nunquam veniret in constitutum locum, cumque non esset cum eo experiundi copia, actor suum amitteret: quæ ratio qualis sit, et quam æqua ad eam *L. exposui.* Nulla ejusmodi necessitas in debitore solvente cogit a conditione obligationis discedere. Quid enim interest ejus alio loco solvere invito stipulatore? Esto enim pecuniam alibi oblatam creditor non accipiat. Non modo hic non fit conditio debitoris deterior, sed etiam melior. Nam creditore accipiente desineret pecuniam in bonis habere: non accipiente retinet. Multa tamen adversus facultatem denegatam alio loco solvendi disputari solent: de quibus diligenter respondi ad ejus juris confirmationem in *d. L. pen. D. de eo quod cert. loc.* Inde sumi potest. Quod tamen dicitur, quod certo loco dari promissum est id alio loco solvi invito stipulatore non possse, hactenus verum est, nisi justa aliqua caussa sit, cur alibi solvi permittatur. *L. usuras*, *C. de sol.* Justa caussa summa duplex; si aut loco constituto solvi non potest, ut si sit ab hostibus occupatus; aut si ibi solvi aperte creditoris nihil intersit, mutata puta conditione vitæ, propter quam loci constituti utilitatem sequebatur. Et has caussas exposui plenius ad *d. L. pen. de eo quod cert. loc.*

VII. Quantitas præstationis etiam in justa solutione observanda est: in qua quæritur, an quæ præstari debent, ad rei debitæ solutionem, semel omnia ut et res tota præstari debeant, an vero hæc pro parte solvi possint, et soluta eatenus liberationem pariant. Ea quantitas versatur partim in jure rei debitæ, partim in ipso corpore rei.

VIII. De jure quod in re solvenda transferre oporteat, quod jus rei debitæ nunc vocamus, hæc juris summa est, ut quæ res generaliter debita, puta generaliter promissa, legatave, ex obligatione dari debet, non sufficiat eam tradi creditori; sed ita tradi oporteat, ut fiat accipientis, et ita accipientis, ne ex præsente aliqua caussa possit avocari: neque id satis, sed ut fiat accipientis pleno jure: ut si quid hic desit; debitor non liberetur. Primum quidem, quod qui secus solvit aliam rem solvere videtur, quam debuit; qua de caussa hanc solutionem ad rem aliam solutam obiter retulimus. Deinde quod non ita solvit, ut debuit: qui cum totum quiddam deberet partem tantum solvat, neque id sine injuria creditoris: qua parte rursum tractatio hujus solutionis ad quantitatem hujus præstationis pertinet. Exigimus ergo in hac juris præstatione tria.

IX. Primum ut non ad aliquid tantum præstet debitor creditori rem solutam habere licere, sed ut traditam faciat accipientis. Id cum in eo positum sit, si res sit propria debitoris, quam tradat: quoniam nemo plus juris transferre potest, quam ipse habuit: *L. nemo plus*, *D. de reg. jur. L. traditio*, *D. de acq. rer. dom.* ideo placuit debitorem rem alienam solvendo non liberari: sive certa species debita soluta sit, sive nummi. *L. Cassius*, 17. *L. si is cui*, 94. in pr. *L. is qui hominem*, in pr. *D. de sol.* Parumque retulerit, utrum res aliena soluta in ea caussa sit, ut possit postea debitori acquiri, ac per hunc apud creditorem residere, an non sit. Quod in patre rem peculii castrensis solvente responsum est. Nam hic vere solvit rem alienam: cum peculium castrense pleno jure sit filiifamilias. §. 1. *Inst. per quas pers.* Res tamen in ea caussa est, ut fieri possit patris: quod accidit mortuo intestato filio. *L.* 2. *D. de castr. pec.* Sed non eo minus ut dixi, interim res aliena est, quam ideo placet sic ac-

accipi deberé, ut ne pater ea solutione liberetur. *L. qui res*, 98. §. 1. *D. de sol.*

X. Non est satis rem propriam debitoris ita solvi, ut primo fiat accipientis. Sic proprie accipientis fieri intelligitur, si etiam apud eum sit mansura. Non enim videtur capi, aut ad aliquem pervenisse, quod aliqua de caussa præsente avocari potest. *L. aliud est capere*, *D. de verb. signif.* Quare si res soluta debitoris quidem sit, ut pro tempore transferatur dominium ad accipientem, sed sit in ea caussa, ut possit creditori auferri; non magis debitor ea soluta liberatur, quam si alienam solvisset: quia ne hoc quidem modo proprie rem fecerit accipientis. Id species rerum istius generis declarant, quarum in singulis id quod ante dixi, constanter a veteribus respondetur. Quæ res in ea caussa sint, ut domino suo ex præsente aliqua caussa auferri possint, hæ fere sunt: res pignori obligata, quam creditor cui obligata est, hypothecaria actione potest possessori avocare: servus statuliber, qui in diem aut sub conditione statutam libertatem habens, conditione exsistente auferetur in libertatem: *L.* 1. *D. de statul.* tum res ita soluta, ut a debitore recipiatur: sic enim hæc eadem ex conventione repeti potest. Et de his omnibus exstent veterum sententiæ, quidquid istarum rerum solutum erit, debitorem non liberari: nempe ob eas caussas quas dixi: quæ omnes ad unam definitionem superiorem pertinent. De re pignori data est in *L. si rem*, 20. *L. si hominem*, 69. *L. qui res*, 98. in pr. *D. de sol.* De statu libero in *L. cum quis*, 38. §. *qui hominem*, *L. qui decem*, 72. §. *pen.* §. *ult. D. eod.* quo referri debet pecunia pro pignore vendito soluta creditori, quandiu pignus redhiberi potest ab emptore, aut ei fieri inempta. *L. si creditor*, 26. *D. eod.*

XI. Sed tamen ut hæ res omnes ideo ab initio debitorem non liberant, quia accipientis non fiunt, nec sunt mansuræ: ita conditione mutata ex eventu liberationem pariunt, quo casu scilicet certum erit eam remanere apud creditorem, ut sic vere fiant ejus: quæ Pauli definitio est in *L. qui res*, 98. *D. de sol.* Eaque in singulis generibus superiorum rerum sic explicatur. Res aliena soluta postea fieri potest debitoris. Id cum acciderit, debitor liberabitur. *L. si quis duos*, 67. *de sol.* Eadem res usucapi a creditore potest: quo quidem modo constat rem ejus fieri, et apud eum manere. Et hoc modo debitor liberatur. *d. L. is qui alienum*, 60. *de sol.* Nummi alieni soluti varie fieri possunt creditoris: ac totidem modis contigit liberatio. Fiunt autem creditoris cui soluti sunt, tribus modis. Primo si sint usucapti, de quo diximus. Altero, si accepti alieni nummi ita permisti sint cum nummis creditoris ut discerni non possint. *L. si alieni*, 78. *D. de sol.* Qua ex re non aliud intelligendum datur de liberatione debitoris quam quod de re soluta usucapta modo diximus. *d. L. is qui alienum*, 60. *eod.* Tertio, si nummi bona fide a creditore [5] consumpti sint. Sic enim videntur ad creditorem pervenisse, qui quasi facti essent ejus, ita in rem ejus versi sunt sine metus ullius repetitionis. *L. non omnis*, §. 1. *D. si cert. pet.* Unde etiam placuit, nummis alienis solutis, simulatque creditor eos sine dolo malo consumpserit, debitorem liberari; et si fidejussor eos solverit, una et se et debitorem liberare; ut exinde adversus debitorem actionem mandati habere incipiat. *L. Cassius*, 17. *L. si is qui nummos*, 94. in pr. *D. de sol.* Res pignori obligata talis esse desinit soluto pignore. Et hoc modo ex eventu res pro soluta habebitur, ut ea solutio debitorem liberet. *L. qui res* 98. in pr. *de sol.* Desinit et statuliber ea conditione esse, si conditio libertatis defecerit. Quo facto certum fit eum qui statuliber fuerat, jam nunc in posterum servum manere. Quo de caussa et exinde placet liberari debitorem. *d. L. cum quis*, 38. §. *qui hominem*, *de sol.* Sed hoc casu ita, si conditio vivo adhuc servo defecerit: quod si servo mortuo, contra: quando, inquit Africanus, isto casu debitor nullo tempore perfecte hominem creditoris fecerit. *d. L. eum quis*, §. *si hominem.* Recte: non enim fecit vivum, cum penderet adhuc conditio statutæ libertatis: non mortuum, quia qui non est, jam amplius dari non potest.

XII. Ne hoc quidem satis ad justam solutionem ita fieri accipientis, ut avocari non possit. Tertium exigimus, ut fiat accipientis pleno jure: ut si quid deest ad jus dominii, si quid ad cautionem ejus obtinendi, debitor non liberetur. Jus deesse intelligitur, si proponas rem solutam propriam quidem debitoris, sed cujus ususfructus aut usus alienus erat. Vere ejusmodi res debitoris est, in qua is nudam proprietatem habet, alio usumfructum habente: quia ususfructus separatus non dominii pars, sed servitus est. *L. recte*, *D.*

5) Quæ enim ratio facit ut quandiu nummi salvi, liberatio non contingat, quia apud accipientem remansuros incertum est, eadem ut consumptis convalescat, ubi nulla jam ratione auferri possunt, Briss. *Lib.* 1. *p.* 334.

D. de verb. signif. §. *proprius autem*, *Inst. de her. pet.* Sed tamen is ususfructus qui cum dominio conjunctus esse debet, emolumentum rei continet, ejusque emolumenti pars est: ut quandiu aberit ususfructus in re danda, tamdiu dominio quod plenum datum oportuit, tantum detrahi, et abesse intelligatur: placetque hac de caussa debitorem non liberari. *L. cum quis*, 38. §. *qui hominem*, in fin. *L. si hominem*, 69. *D. de sol. L. Nævius*, §. *pen. L. cum filius*, §. *dominus*, *D. de leg.* 2. Etiam in hoc jure rei numeratur jus rei habendæ, positum in jure cautionis, quod commemoratur in *d. L. etiam*, 27. *de sol.* de quo illic Ulpianus ita scribit, ut dicat si id jus deest, fundum quanvis creditori traditum, adhuc peti posse: significans hoc casu maxime debitorem non liberari. Ubi cautionem accipere debemus, qua de evictione creditori promittatur. Hanc enim desideranti creditori præstandam esse, et nisi præstetur, fundum adhuc ab eo peti posse ad eamdem sententiam scriptum est diserte in *L. Julianus*, 131. §. 1. *D. de verb. obl.* Tantum inter hanc cautionem et usumfructum qui abest, ad debitoris liberationem hoc interest, quod si hæc cautio non præstatur postulanti creditori, nulla in parte liberatio contingit. Unde est, quod placet rem ipsam quæ tradita est, totam adhuc peti posse, quasi scilicet non solutam. *d. L. etiam*, 27. *de sol. d. L. Julianus*, §. 1. *de verb. obl.* et hoc, quia hæc cautio ad universam rem habendam pertinet. Cum autem proprietas transfertur in creditorem sine usufructu, nihil amplius hic de eo traditur a veteribus, quam usumfructum adhuc peti posse, atque adeo petendum esse. *d. L. Mævius*, §. *pen. D. ad leg.* 2. *L. eum qui ita*, 56. §. *pen. D. de verb. obl.* Et recte. Jam enim proprietas creditori data est: quæ si maximam dominii partem obtinet, sequitur, ut hac soluta debitor pro ea parte liberetur, reliqua pars tantum maneat in obligatione, ut mox in solutione partis rei dicetur. *L.* 9. §. 1. *D. de sol.* Quæ res declarat, quod dicitur in *d. L. etiam*, *de sol.* re soluta, *quandiu aliquid juri rei deest*, adhuc rem ipsam petendam accipiendam esse non de quovis jure rei, sed de jure rei totius habendæ, cujusmodi est jus cautionis, de qua deinde illic subjicitur.

XIII. Sed hæc omnia ita sunt, ut proposui, cum res generaliter promissa aut legata est. In re certa promissa legatave ita locum habent, si hæc eadem facto debitoris, aut post ejus moram contigerint: alioqui contra. Et ideo si quis servum suum Stichum promisit, deinde alienum ut statuliberum factum, aut usufructu ei imposito tradat, non magis liberatur, quam si ab initio hominem promisisset, et eum qui esset in aliqua caussa ex his, tradidisset. *L. si ex legati*, *L. si servum*, §. *sequitur*, *de verb. obl.* Quod si alieno servo promisso, priusquam per debitorem staret, quominus daret, dominus servum statuliberum fecerit, aut usumfructum ei imposuerit, debitor talem præstando liberatur, qui liberaretur omnino, si servus periisset, aut a domino manumissus esset. *L. si mihi*, 92. *D. de sol. d. L. si ex legati*, *de verb. obl. L. quod te*, *D. si cert. pet.*

XIV. Hæc de jure rei solutæ dicta sunt, ut intelligatur, quantum in eo jure præstare oporteat creditori ad justam solutionem. De corpore ipso rei solutæ duplex quæstio est. Una, utrum rem deteriorem factam dando debitor liberetur. Ac non liberari scriptum est in *L. qui sibi*, 33. *D. de sol.* De quo ut in quæstione perplexa scripsi fusius ad *L.* 3. *D. de cond. trit.*

XV. Altera est utrum dum in eo quod præstatur, fiat res pleno jure accipientis, possit res debita solvi pro parte: an vero non nisi tota recte solvatur ad liberationem. Non loquor de iis rebus, quæ natura sua divisionem non recipiunt: quales sunt servitutes prædiorum; qualia omnia facta in faciendo posita, veluti insulam ædificare, fossam fodere, rem tradere: de quibus exstat definitio Ulpiani in *L. stipulationes non dividuntur*, *D. de verb. obl.* omnia hæc divisionem natura sua non recipere: quod quam vere dicatur, ad eum locum ostendimus. De his, inquam, rebus non quærimus. Stulte enim quæreretur, an hæ jure pro parte solvi possint, quarum nulla pars est. Stulte etiam, an in his pro parte soluta debitor liberetur, ubi constet partem solvi non posse. De iis quærimus, quæ natura sua dividi possunt. Quo in genere supra cum de dividuis et individuis obligationibus ageremus, esse diximus corpora omnia, non tantum quæ in partes divisas sine interitu rei seccari possunt, ut lapides, ligna, sed etiam ea quæ uno spiritu et una contignatione ita continentur, ut si corpore et regionibus dividas, intereant: ut sunt omnia animalia, navis, currus: et similia: quas et ipsas licet corpore individuas, nihilominus intellectu in partes dividi posse diximus, non utique divisas, sed indivisas, dum scilicet eas res ita alicui tradimus, ut fiant illi nobiscum communes: qualis partium discretio in rebus communibus discribitur ab Ulpiano in *L.* 5. *D. de stip. ser.* Sunt et in hoc ge-

ne-

nere res incorporales exceptis servitutibus prædiorum, et usu, fere omnes: ut hereditas, rerum corporalium actiones persecutionesque omnes, in primis ususfructus, qui pro parte fundi et divisa et indivisa constitui potest. *L.* 5. *D. de usufr. L.* 1. §. *si ususfructus*, *D. ad leg. Falc.* De hoc ergo genere rerum quærimus, si quid ex his debeatur, an possit debitor, quod debet, particulatim solvere, ut si forte partem quandoque creditori offerat, eam jure cogatur accipere, nisi moram facere velit, et rursum parte a creditore accepta debitor pro ea parte liberetur. Et multum refert, utrum agatur de parte oblata, quam creditor rebus integris recuset accipere; an vero de parte ultro a creditore accepta, de qua quæratur, an debitor pro ea saltem parte liberetur.

XVI. Si hoc quæritur, an partem oblatam creditor accipere cogatur, generaliter tenebimus eum accipere non cogendum ab eo, qui totum debeat: sed jure eum recusare: proinde impune, id est ita ut recusando moram non faciat, et si quo casu pecunia oblata pereat, detrimentum sit debitoris, qui male obtulit, non creditoris, qui injuriam recusando repulit. Sententia est in eo qui fateatur se totum debere, cujus nunc partem offert, vulgo recepta ab omnibus, uno fere excepto Alciato, et eadem verissima: quæ et auctoritate certa, et ratione juris manifesta defenditur. Auctoritatem legis alicujus in eo si quis desiderat, non sane putem sumendam ex *L. tutor*, §. 1. *D. de usur.* Constat enim ratio Alciato, qui ideo dicit in eo responso parte sortis soluta debitorem nulla ex parte in usuras liberari, quia stipulationis usurarum conditio id facit. Usuræ enim promittuntur sub conditione, si sors soluta non erit. Verum est autem sortem solutam non esse, si pars tantum sit soluta. Sed sententia expressa est in *L. obsignatione*, *C. de sol.* ubi de omni obligatione etiam pura simpliciter scriptum est, unumquemque oblatione et obsignatione pecuniæ debitæ liberari; sed adjicitur nominatim totius pecuniæ debitæ. Quibus verbis exprimitur hæc conditio, si tota pecunia debita obsignetur, unde intelligitur offerentem atque adeo obsignantem pecuniam debitorem, non alia conditione liberari, quam si totam debitam offerat. Si quæritur in hac sententia juris ratio, manifesta est. Postulat natura obligationis, ut quomodo quidque contractum est, eodem modo et dissolvatur: neque aliter licet invito creditore. *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. jur.* Sic autem omnis obligatio ab initio contrahitur, ut quod inde debetur, semel totum deberi incipiat. Quare ex eadem natura obligationis est, ut quod totum inde deberi cœpit, etiam totum solvatur, si creditor postulet, et si partem recuset, jure suo faciat. Item et illud certi juris est, quoties debitor quod debet offert aliter, seu in aliam formam quam debet, non esse cogendum creditorem accipere, si ex ea re aliquid damni passurus sit. *L. debitorem*, 99. *D. de sol.* Jam vero si quis cum totum deberet, partem tantum offerat, etsi pro ea sola parte vult se liberari; tamen hactenus saltem aliter solvere postulat quam debuit: neque id sine incommodo creditoris: quoniam partium solutio non minima incommoda habet, ut est in *L.* 3. *D. fam. erc.* Proinde partem ab eo oblatam qui totum debeat, non est cogendus creditor accipere. Et hactenus in eo debitore qui totum fateatur se debere, cujus de parte solvenda nunc agitur, mihi cum aliis interpretibus convenit.

XVII. Illud non convenit, quod si quis fateatur se partem tantum debere ejus totius quod creditor petit, et eam partem debitor nunc offerat putant creditorem accipere cogendum, quasi hæc sententia sit *L. quidam*, *D. si cert. pet.* Ego autem puto creditori ad partis oblatæ recusationem satis esse, si ei debetur totum, et ei pars offeratur tantum, etiam si debitor minus deberi affirmet. Nam quid ejus affirmatio aut infitiatio in re mutare potuit? Et quid si debitor consulto neget se debere totum, ut facilius ad partis solutionem admittatur? Æquumne videtur ei aut mendacium suum aut falsam affirmationem prodesse debere, quæ potius omni ratione et civili et naturali illi nocere debeat? *L. ult. D. de rei vind. L. factum cuique. D. de reg. jur.* Neque *L. quidam*, *si cert. pet.* adversatur. Sed non persequar hujus sententiæ confirmationem longius. Nam cum de tota hac quæstione scripserim accurate et ex professo ad *d. L. quidam*, *num.* 15. et deinceps, ubi et de iis quæ contra disseruntur ab Alciato, et de sententia ejus *L.* abunde respondi: malo sumi ex eo loco, quod huc pertinet, quodque si cui videtur, ad hunc locum transferatur. Sane interdum et partis solutio admittitur: quod partim favore libertatis receptum est in eo servo, qui ut ad libertatem perveniat, decem dare debet. *L.* 4. §. *si decem*, *D. de stat.* partim in pensitationibus publicis, ut eas particulatim liceat solvere, dum ne pluribus vicibus in singulos annos, quam tribus. *L. placuit*, *C. de col. fund. patrim. lib.* XI. Sed et has caussas ibi in-

indicavi, et exposui pluribus: atque illic ostendi, cum jure singulari receptum id sit in his caussis, vel hoc ipso maxime contrarium jus in cæteris caussis omnibus confirmari.

XVIII. Quod si parte soluta quæritur, utrum pro ea parte debitor liberetur, necne: de eo ex conditione obligationis æstimandum est. Est enim, cum obligatio res natura sua dividuas continens, etiam conditione ipsa obligationis divisionem recipiat: est, cum hac ipsa conditione non recipiat. Illæ et natura rerum et conditione obligationis divisionem, seu partis præstationem recipiunt, in quibus si res una promittitur, ea promittitur certa, id est ita, ut ejus præstatio non pendeat ex electione debitoris: aut si promittuntur plures, promittuntur conjunctim, vel nomine aliquo multitudinis, puta collectivo, aut plurali. Cujusmodi sunt hæ stipulationes: Stichum dabis? Stichum et Pamphilum, et Erotem dabis? gregem illum dare spondes? decem aureos dabis? In his omnibus partis solutio præstat liberationem. Qui decem debet, exempli gratia, quinque solvendo in eam partem liberatur, et reliqua quinque in sola obligatione remanent: et qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem Stichi tantum tenetur. *L. stipulatus*, 9. §. 1. *L.* 1. *L. si is cui*, 94. in pr. *D. de solut. L.* 2. *D. de verb. obl.* Nempe ideo, quod cum res ipsæ natura sua recipiant hanc divisionem, etiam ipsa conditio et status obligationis eam liberationem admittit: ubi scilicet reliqua parte quandoque postea soluta non potest aliud evenire, quam ut creditor recipiat eam rem ipsam totam, quæ illi ex obligatione præstari debuit: quod quale sit, ratione alterius cognita, magis intelligetur.

XIX. Est igitur alterum genus obligationum, quod nihilominus quam superius continet res natura suas dividuas: atque adeo continet easdem: sed conditione ipsa obligationis divisionem non recipit: ut si quis ex hoc genere partem rei promissæ solvat, non prius liberetur, quam totum solverit. Id autem est, in quo contrario modo atque in superiore, res incerta promittitur; quod fit, cum promittitur una aliqua ex pluribus electione debitori tributa. Cujus generis species hæ sunt tres; obligatio generis, alternativa, et pœnalis. Generis, veluti, hominem dabis? Alternativa, veluti, Stichum, aut decem aureos dabis? Pœnalis, veluti, Stichum dabis? si Stichum non dederis, decem dabis? quorum generum de prioribus duobus est *L.* 2. §. 1. *D. de verb. obl.* de tertio in *L.* 5. §. *ultim. D. eod.* In his omnibus res una promittitur ex pluribus, et ea quam debitor elegerit, nisi quid aliud de electione nominatim convenerit. Qui hominem promisit generaliter, etsi orationis compendio omnes homines complexus est, qui dari possunt; non tamen omnes promisit, sed unum aliquem ex omnibus; et eum quem ipse volet. *L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 2. §. *præterea si quis generaliter*, *Inst. de act.* Similiter qui illud aut illud promisit, non debet simul utrumque, sed alterum dumtaxat: et id incertum;. quia id futurum est, quod ipse elegerit. *L. ubi*, 75. §. *qui illud*, *D. de verb. obligat.* §. *huic autem*, *Institut. de act.* Eadem unius rei præstatio est, et in hac præstatione eadem incertitudo ex electione debitoris in illa stipulatione, Stichum dabis: si Stichum non dederis, decem dabis. Hic enim debetur alterum tantum. *L. ita stipulatus*, 115. §. *ult. D. de verb. obligat.* Id quod non futurum sit, ideo incertum, quia est in potestate debitoris Stichum dando evitare pœnam: et contra Stichum non dando malle pœnam subire. In his omnibus constanter traditum est, debitorem unius rei quæ ex genere rerum promissarum sit, partem solvendo pro ea parte non liberari, quandiu non totam eam rem dederit. Qui hominem generaliter promisit, si partem Stichi dedit, *nondum*, inquit Paulus, *in ulla parte stipulationis liberatio nata est*, *L.* 2. §. 1. *de verb. oblig.* In eandemque sententiam est illud Ulpiani, quippe superiori consequens, ut partem Stichi dando, nihilominus hominem debere non desinat: denique homo adhuc ab eo peti possit. *L.* 9. §. 1. *D. de sol.* idem traditum in *L. qui hominem*, 34. §. 1. *eod.* Sane ut idem Ulpianus adjicit, si debitor reliquam partem Stichi solvat, aut per actorem stet, quominus accipiat, debitor eventu liberatur: quia tunc certum fit solutum esse quod debebatur. *d. L.* 9. §. 1. *de sol.* Sed prius nulla liberatio est, ne pro parte quidem.

XX. Quid ergo, pars soluta interim a debitore condici potest? *Et aut statim condici potest*, inquit ibidem Paulus, *aut in pendenti est, donec alius detur. d. L.* 2. §. 1. *de verb. oblig.* Statim condici potest, non simpliciter, sed hac condictione, si alium hominem debitor dederit, ut subjicit. Sic enim eventus declarat partem ante solutam debitam non fuisse, quæ nihil contulit ad liberationem debitoris. *L. si non sortem*, §. *pen. D. de cond. ind.* Rursum in pendenti est, an possit condici, eoque interim condici non

po-

potest, quandiu pendet, an alius detur; quia ex eventu pendet, an pars ante soluta fuerit debita. Quæ si fuit, certe tanquam indebita condici non potest. Esto enim potuerit debitor alium hominem dare, ut certum fiat ex eventu partem solutam indebitam fuisse: at certe idem potest pro electione sibi concessa præstare reliquam partem ejusdem Stichi: quod si fit, eveniet e converso, ut pars prius soluta debita fuisse intelligatur; et debitor liberetur. Cumque hoc possit ita accidere, non potest ante hunc eventum certo dici eam partem esse indebitam: quapropter nec ut indebita condici potest. Hoc de condictione partis solutæ, quæ debitorem non liberat, sic explicatur in *d. L. si non sortem* §. *pen. de cond. ind.* Quod in una specie rei generaliter promissæ diximus, idem per omnia scriptum legimus in *ead. L. si non sortem*, §. *pen.* in hac specie, cum decem aut Sticho promissis debitor solvit quinque aut partem Stichi, quæritur quæ interim de liberatione ejus partis, et de ejus condictione. Idem in *L. qui hominem*, 34. §. *stipulatus*, §. *si decem*, *D. de sol.* Idque est quod Paulus generaliter definit in *d. L.* 2. §. 1. *de verb. obl.* ejusdem conditionis esse hanc stipulationem Stichum aut Pamphilum dari. Nec dubium est, quin in stipulatione pœnali superiore idem intelligi oporteat, si quis Stichi partem dederit, ut neque hactenus liberetur debitor, neque eo minus creditor totam pœnam possit petere. *arg. in d. L.* 5. §. *ult. de verb. obligat.*

XXI. Cur ergo homine generaliter promisso, et in reliquis generibus superioribus, parte Stichi soluta minus pro ea parte debitor liberatur; quam cum Sticho promisso ejus partem solvit: cum idem sit Stichus, et eadem partis præstatio? Quia, inquit Paulus, in his generibus parte rei soluta nisi ea res tota detur, stipulationi satis non fit. *d. L.* 2. §. 1. *de verb. obl.* Idest ut ipse alibi interpretatur, quia in his generibus parte soluta si debitor liberetur, evenire possit, ne non consequatur stipulator quod stipulatus est. Stipulatus est enim unam rem totam. Admissa autem superiore partis liberatione, futurum sit, ut in diversis hominibus recte partes solvantur: quæ sane unam rem non efficiunt. Hoc ille in *L. in exsecutione*, §. *pro parte*, *D. de verbor. obligation.* Id brevius dictum, obscurius est fortasse. Quare explicemus hoc idem paulo pluribus verbis: quomodo fiet, spero, superioris sententiæ ratio tota non solum planior, sed etiam certior. Est igitur hæc sententia: Ideo in his generibus parte soluta liberatio pro ea parte non contingit, quia stipulatio certam conditionem accepit de re præstanda, quæ conditio istam divisionem non admittit. Conditio obligationis hæc est, ut quemadmodum pro ea conditione debitori liberum est ex rebus promissis unam aliquam præstare, quam velit: ita saltem quæcumque ea futura est, ut unam integram præstet, quam creditor consequatur: puta, ut homine generaliter promisso det unum hominem. Sticho aut Pamphilo promissis det unum ex his totum. Sticho aut pœna promissa det ex his alterutrum integrum. Atqui si parte ex his rebus soluta volumus debitorem pro ea parte liberari: eveniet ut fiat maxime adversus hanc conditionem atque hunc finem obligationis. Sic enim fiet, ut debitor alterius rei partem postea solvendo liberetur, atque ita pro una re quam consequi creditor debuit, consequatur tantum duarum rerum partes, quæ sane rem unam ex his quæ in obligationem deductæ sunt, non efficiunt. Quapropter repugnat in his conditio obligationis, quominus ea partis præstatio et liberatio admittatur. Ut autem partis solutione in his admissa liceat debitori in alia re partem alteram solvere, id sic accidit in singulis generibus superioribus. Finge hominem generaliter promissum, et solutum a debitore partem Stichi ultro accipiente creditore. Si debitor pro ea parte obligatione liberatus est, necesse est, remanere in obligatione solum partem non sane Stichi, sed rei in obligationem deductæ: proinde hominis in genere: quoniam homo ganeraliter promissus est. Quam partem reliquam si solam debet, sequitur, ut alterius cujusvis hominis partem solvendo liberetur, qui in tota ea obligatione, quem hominem solveret, electionem habuit. In quo apparet jam duorum hominum partes solvi. Hoc autem nón est unum hominem dare, id quod conditio et finis obligationis pro creditore exigebat. Finge similiter Stichum promissum, aut decem. Si Stichi parte soluta liberatur debitor pro ea parte, nihil supererit in obligatione, nisi pars: non ejusdem Stichi, sed pars rerum ea stipulatione disjunctim promissarum. Secundum quam conditionem erit in potestate debitoris vel ejusdem Stichi partem solvere, vel partem decem, idest quinque. Fac ergo quinque soluta. Nempe hic eveniet idem illud quod supra, ut nihil solvatur solidum ex iis rebus, quæ in obligationem deductæ erant, sed pars Stichi, et pars decem: quæ partes quanvis junctæ neque Stichum efficiunt, neque decem: quorum tamen alterum ex obligatione

solidum præstari oportet. Idem facile est intelligi in illa stipulatione, Stichum dabis? si Stichum non dederis, decem dabis? Nihil simile in obligationibus cæteris, in quibus ab initio res certa in obligationem deducta est. Nam cujuscunque rei pars prius soluta erit, necesse est ejusdem rei partem alteram in obligatione manere, quoniam ea res ipsa ita promissa est, ut non liceret debitori alteram eligere. Soluta autem altera ejusdem rei parte, semper futurum est, ut solvatur quod promissum erat: atque hoc modo satisfiat stipulationi, ex quo stipulator consequitur, quod stipulatus est: id quod nunc solum ad solutionem exigimus.

C A P. XII.

De effectu solutionis: et cum plures summæ ex diversis caussis eidem creditori debentur, una summa soluta ad cujus caussæ et obligationis liberationem proficiat.

Solutionis effectus in eo est, ut omnem obligationem tollat. I.

Contrariis occurritur. II.

Obligationem tamen non aliam ab illa in quam solutum est. III.

In quam caussam acceptum ferre debeat, quod ab uno qui debet ex pluribus caussis solutum est in unam et alteram summam. IV.

Interest, an debitor caussam demonstraverit, in quam solutum vellet, et creditor in illam acceperit; an vero hic recusaverit, aut ille nihil dixerit: et quid in utroque. V.

Emendatur locus in L. 1. de solut. in extremo, *et aperta Ulpiani sententia redditur.* VI.

Si nihil dictum ab utroque in quam caussam solutum velint, fit interpretatio in caussam debitori graviorem; cum de summis principalibus agitur. VII.

Quæ caussa gravis sit, et quæ non gravis: tres caussæ non graves; et quæ illæ. VIII.

Quod in harum singulas solutum est, acceptum non ferri. IX. X.

Exponitur Ulpiani lectio in L. 1. vers. aut in illud D. de solut. X.

Inter graves caussas, in quas primo solutum oporteat, illa ordine prior in qua dilatio periculum infert famæ seu pecuniæ aut molestiæ; quale unumquodque. XI.

Secunda ordine illa, in qua debitor suo non fidejussorio nomine debet. XII.

Tertia ordine, quæ antiquior. Qui antiquior contractus in liberto e. c. XIII.

Exponitur L. in liberto 77. D. de *solut.* XIV.

Si quid amplius in priorem caussam solutum sit, superfluum in reliquas ordine caussas tribuetur. XV.

Solutum in pari contractuum et temporis caussa in singulas summas proportione dividitur. XVI.

Solutum in sortem et in usuras simpliciter, in usuras prius, in sortem deinde acceptum ferri, et quare. XVII.

Nisi forte creditor solutum acceperit in sortem. XVIII.

Quid si ita caverit debitori, ut in sortem et usuras accipere dixerit; an eo ordine acceptum feret. XIX.

Quod acceptum ferri debet, ad usuras ex stipulatione, non ad alias ex pacto debitas pertinet. XX.

Si in posteriores pignus fuerit datum, eo distracto, pretium creditor acceptum feret ad harum quantitatem. XXI.

Si in utrasque; pretium dividetur æqualiter in singulas. XXII.

I. CUm quod debetur ita præstitum erit, ut supra diximus, omnibus partibus præstationis ad solutionem concurrentibus cum in re debita, tum in personis solventis et accipientis, tum in circumstantiis rei gerendæ, id est in tempore, loco, quantitate justa præ-

præstationis: si creditor præstitum accipit, solutio perfecta est. Qua constituta vis et effectus ejus quærendus est. Est autem vis ea, quam complectitur superior illa definitio, quæ a nobis initio hujus liberationis posita est, cum ita definitur, solutione ejus quod debetur, tollitur omnis obligatio. Exstat *Inst. quib. mod. tol. obligat.* in prin. Dicitur tolli, ut intelligamus eam tolli penitus, id est ita, ut nulla amplius supersit eo nomine actio, quam necesse sit facto aliquo et per exceptionem removeri. Quod quia fit jure ipso de obligatione ita tollenda constituente, ideo dicitur tolli ipso jure, et jure civili, quo de hoc genere liberationis cautum est. *L. Stichum*, 95. §. *naturalis*, *D. de solut.* *L.* 5. *C. de pact.* Dicitur tolli hoc modo obligatio omnis, ut sciamus genus hoc liberationis sine exceptione ad omnes obligationes quoquo modo contractas tollendas pertinere: quod non item in omnes liberationum species cadit. Obligationum quæ quidem vere obligationes sint, genera summa sunt duo, ut suo loco diximus; naturalis, et civilis cum re, id est civilis, quæ actionem habeat sine metu perpetuæ exceptionis: ut sciamus recte dici omnem obligationem solutione tolli, hoc modo utrumque istud genus tollitur. De naturali obligatione constat, idque ita traditum, in *d. L. Stichum*, §. *naturalis*, *de sol.* exemplum in *L. si tuo*, 83. *eod.* Et certe naturali obligationi dissolvendæ nulla magis convenire potest liberatio, quam naturalis. Ea est autem solutio, quæ præter cæteras omnes naturalem præstationem rei debitæ continet. *L. solutam*, 49. *D. de solut.* Sed non eo minus et solutione tollitur civilis quævis obligatio, et quidem jure civili *d. L.* 5. *C. de pact.* Nec interest, utrum sit ex contractu, an aliunde, puta quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio. Nam quodcunque ex his genus est, semper est aliquid in obligatione, quod sit præstandum, ut definitio obligationis declarat: quod cum præstitum est, quia satisfactum est obligationi, necesse est tolli obligationem, quia non sit amplius quod inde oporteat præstari. Hæc autem prestatio omnis solutio est, ut definivimus.

II. Dixeris tamen non omnem obligationem tolli solutione, quia non tollitur ea quæ est [1] civilis tantum. Diximus suo loco civilem tantum obligationem esse, cum obligatio civiliter et utiliter initio constituta, postea cœpit oppositam sibi habere exceptionem perpetuam, qua summoveretur: ut, si quid ex mutui caussa mihi debeas, et pactus sim, ne a te petam, aut aliquid aliud fecerim, unde exceptiones nasci solent. Hic manet nihilominus civilis obligatio et actio, quæ prius fuerat; sed quæ removeatur exceptione tanquam obligatione naturali sublata, ut declaratur *Institut. de exc.* in princip. et deinceps. Hanc, inquam, civilem obligationem solutione tolli negat Julianus in *L. qui hominem*, 34. §. *ultim. D. de sol.* Ait enim eum qui perpetua exceptione se tueri poterat, solutum repetere, et ideo non liberari: quod nihil aliud est, quam ea solutione non esse sublatam obligationem civilem, qua prius tenebatur. Et certe non liberatur ea obligatione, sive ignorans se habere exceptionem solverit, de quo Julianus loquitur, sive sciens. Nam si ignorans solvit, habet condictionem indebiti per errorem soluti. *L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* Nec potest simul et solutum condicere, et ea solutione liberari. *L. si non sortem*, §. *penult. D. de cond. ind.* Si sciens solvit, non repetit quidem; non tamen ideo, quia solvit et liberatur, sed quia donare voluit. *L. indebitum*, *C. de condiction.* *L. Campanus*, *D. de op. lib.* Ita utroque modo efficitur civilem istam obligationem solutione non tolli: quod et verissimum est. Sed non eo minus verum est solutione tolli omnem obligationem, quia obligatio ista civilis, quæ civilis tantum est, verbo obligatio dicitur, re non est, ut suo loco diximus. Unde pecunia ex hac obligatione debita, dicitur ab Ulpiano *debita juribus non esse pecunia*: juribus, id est omni jure, et civili et prætorio. *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Prætorio quidem non habetur debita, cum hoc ipso jure tanquam de indebita comparata sit exceptio debitori. Sed nec jure civili debita intelligitur, quæ hoc jure cum effectu peti non potest actione per exceptionem summota. Nihil enim interest, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur. *L. nihil interest*, *D. de reg. jur.* Denique quod Julianus dixit pecuniam ex hac caussa solutam repeti posse, non aliam caussam habet, quam hanc ipsam, quod pecunia fuit indebita: quæ si quo modo deberetur, ces-

1) Immo et hæc. Nam aut erit perpetua nec ulla ratione tolletur, aut qua ratione alia tolletur si non solutione. Quare *d. L.* 34. §. *ult.* accipio ut ita non tollatur, si solutum postea repetatur, per *L.* 55. *h. t.* Nam si sciens solverit vel eo animo ut civili hac, qualicunque obligatione liberetur, quidni liberari cum dicemus. Quis admittet actionem etiam tunc creditori superesse quæ ipso jure teneat, cui nisi exceptionem reus opponat, eamque initio litis contestetur, denuo condemnandus sit. Quis dicet eo casu pacto effici posse, ut actio plane reddatur utilis etc.

cessaret soluti repetitio: quæ et ratio redditur in *L. si non sortem*, §. *indebitum*, *D. de cond. ind.*

III. Quod tamen dicitur solutione tolli omnem obligationem, sic intelligendum est, non ut solutione unius rei aut summæ debitæ tollatur omnis obligatio qua debitor prius tenebatur, sed ut tollatur ea in quam solutum est, quod debebatur. Nam alia quam in quam id solutum est, solutione non tollitur. Quid ergo; potest solvi id quod debetur, ut tamen non solvatur in eam obligationem, ex qua quid debetur? Sane multis modis. Quod generaliter contingit, quoties creditori cum uno et eodem debitore plures sunt res rationesque contractæ ex diversis caussis, quarum ille ex singulis diversas summas debeat. Ut si quis eidem creditori quid debeat ex caussa mutui, quia decem mutua ab eo aut decessore ejus acceperit: si quid ex caussa societatis, quam contractam cum eo habuerit; si quid ex caussa mandati, depositi quod ab illo susceperit; tutelæ, cum pupilli tutelam gessisset, cui creditor heres exstiterat; furti, quia in harum rerum administratione aliquid interverterat; ex caussa fidejussoria, quia apud eum creditorem pro alio fidejusserit. Cum ex singulis his caussis singulas summas et eas diversas debeat; fingamus eum aliquam summam solvisse, quæ efficiat unam aliquam aut duas ex iis, quæ debentur, sed non omnes: ut necesse sit aliquas caussas hic sublatas esse, reliquas manere. Nempe hoc necessario quærendum erit, quænam hæ sint, quæ sint ista solutione sublatæ, ut proinde reliquæ manserint. Et certi juris est, eam obligationem sublatam, in quam ea summa soluta est, et solam. *L.* I. *L. cum ex pluribus*, 103. *D. de sol.*

IV. Quo jure posito, sequitur illa quæstio ad effectum solutionis plane pertinens; quod ita solutum est ab eo, qui ex pluribus caussis plures diversas summas debuerit, in quam caussam et obligationem acceptum ferri debeat. Nec temere id quæritur: etsi enim dici potest, semper unam aliquam obligationem ad eam quantitatem sublatam esse, ut solutio non sit futura inutilis: tamen in quam potius acceptam feratur, ad commodum debitoris multum interest. Sunt enim ex his caussis ut plurimum aliæ aliis graviores: et refert debitoris graviores prius sublatas esse, ne eum onerent. Hic locus est, qui tractatur in *L.* I. usque ad *L.* 9. continenter; itemque aliis aliquot capitibus sub *tit. D. de sol.* quo etiam pertinet *L.* I. *C. eod.* Sed ita perturbate et perplexe, ut difficile sit certi aliquid quod hic sequamur, ex his efficere. Sed et interdum ea confusio est, ut nisi sedulo attendimus, responsa ipsa veterum de hac re inter se dissidere videantur. Danda est igitur opera, ut hic locus paulo diligentius et certius explicetur.

V. Sit ergo hoc primum in hac re, sicut in cæteris in quibus voluntate contrahentium quid geritur, ut in eo quod solutum est cum quæritur in quam caussam solutum habendum sit, videamus quid actum sit inter dantem et accipientem. Nam quod hic actum esse constabit, id ut alibi servandum est. *L.* 6. *D. de sol. L. semper in stipulationibus*, *D. de reg. jur. L. ubi*, *D. de reg. dub.* Quid autem hic actum sit, ex demonstratione debitoris aut creditoris quæ in re gerenda intervenit, intelligetur. In qua demonstratione si quæritur quid utrique liceat, servandum est, quod de eo subobscure indicatur in *L.* I. et *L.* 2. *D. de sol.* planius traditur in *L.* I. *C. eod.* ut quoties quis debitor ex pluribus caussis unum debitum solvit, sit in potestate solventis tempore solutionis dicere, quod potius debitum, seu in quam caussam exsolutum velit; et quod dixerit, id erit solutum. *d. L.* I. in pr. *D. d. L.* I. in pr. *C. de sol.* Sed hoc ita est, si ista demonstratione solutum creditor accipiat. Quod si alio nomine exsolutum velit, liberum est ei in re agenda non accipere; quo facto ne in eam caussam solutum sit, consequetur: hoc in *L.* 2. *D. de sol.* Non quod si creditor recuset sine justa caussa accipere, non possit pecunia obsignari a debitore ut liberetur; aut quanvis non sit obsignata, creditor non faciat moram, et periculo ejus pecuniæ amissæ obligetur: de quibus paulo post suo ordine: sed quod si neque pecunia obsignata erit, neque amissa, semper verum sit eam pecuniam in debitum demonstratum non esse solutam, quam creditor non accepit, idque impune. Sed hoc ita, inquam, si creditor non accceperit. Solum enim hoc ei liberum relinquitur non accipere, in *d. L.* 2. Quo fit, ut si ultro acceperit, rata sit in eam caussam debitoris demonstratio, et is in eam caussam liberetur. Quid tamen, si creditor testetur se in aliam caussam accipere? Consequens est [2] eum nihil agere, si pecuniam accepit, et reti-

2) Vulgo tamen eo casu quo creditor debitori constituenti non assensit, solutionem in nullam caussam cedere volunt, nec liberationem sequi, sed solutum condici posse, quod multis refellit Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 21. *n.* 4. ostendens contradicitonem creditoris impedire non pos-

tinet debitore in priore demonstratione perseverante: cum ut dixi, ei repugnanti solum hoc concedatur, ne accipiat. Quod si debitor dum solvit, non dixit in quam caussam solutum vellet, scriptum est in *d. L.* 1. *C. de sol.* converti electionem ad eum qui accepit, id est ad creditorem. Quo significatur, ut prius in debitoris, sic nunc in potestate creditoris esse constituere, cui potius debito acceptum ferat, ut de accipiente loquitur Ulpianus in *d. L.* 1. vers. *quoties de sol.* Quod cùm dicimus, apparet hoc dici: quemadmodum debitor tempore solutionis potuit constituere in quam caussam solutum vellet, ut in eam caussam solutum esset, sive ea caussa esset illi gravior sive levior: sic ejus demonstratione cessante posse creditorem eodem tempore constituere, in quam caussam acceptum ferat non tantum graviorem; sed etiam leviorem, ut quod solutum est, etiam in leviorem solutum habeatur.

VI. Quod et ipsum significat aperte Ulpianus in *d. L.* 1. in extremis verbis, *juncta L.* 3. quæ ejusdem auctoris est, et primæ illius appendix: si modo mendum quod est in extremis illis verbis non difficile observatu abstergatur. Sic autem illa verba sunt, ut leguntur in omnibus exemplaribus etiam Florentinis: *Sed constituere in re præsenti, hoc est statim atque solutum est.* Quæ verba si ad præcedentia referuntur, ut hoc dicat Ulpianus, permitti creditori constituere in quodvelit solutum, dummodo sic constituat, ut in re sua faceret, id est, in caussam duriorem: sed ita hoc ei permitti, dum id constituat in re præsenti, hoc est, statim atque solutum est: hoc modo, inquam, si accipimus, sententia aperte falsa est. Nam dum creditor in duriorem caussam solutum acceptum ferat, potest id facere, et in re præsenti, et postea. Immo vero postea hoc ipsum facere cogitur, ut sequitur eodem auctore in *L.* 3. ubi ita subjungit: *Cæterum postea non permittitur*: et addit, *hæc res efficiet, ut in duriorem caussam semper videatur sibi debere accepto ferre.* Rursum si verba sic accipimus, ut novam orationem instituant, quæ ex præcedentibus non pendeat: perspicuum est nullam sententiam his verbis absolvi, et orationi aliquid deesse. Quid ergo est? Mendum est in illis verbis, *hoc est*: quod Accursius dum non observavit, non mirum, si cum difficultate loci varie luctatus, tandem nullam idoneam sententiam ex his verbis eruere potuit. Pro, *hoc est*, legendum est [3] *potest*, litera *h*, mutata in *p*, et *c*, in *t*. Inter quas literas quanta sit affinitas, norunt omnes, ut facile in harum mutatione error obrepere potuerit: aut verius ut potuerit facile scriptura vetus transformari ab his qui unum contextum in superioribus verbis cum prioribus esse putarent. Restituto autem verbo *potest*, et oratio integra est, et sententia totius loci plana ac certa efficitur: creditorem nimirum posse quovis tempore constituere, in quod solutum velit, dum constituat ut in re sua constitueret: sed simpliciter constituere si velit, posse eum id facere in re præsenti, statim atque solutum est. Cæterum postea ei non permitti: nisi illa conditione, ut in duriorem caussam sibi acceptum ferat. Sed addit, dum modo in id constituat solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus: id autem postea interpretatur in duriorem caussam in *d. L.* 3. Non ergo potest constituere in leviorem caussam solutum, ut diximus, et ipse aperte indicat in eadem *L.* 3. Immo potest, dum in re præsenti id facit, ut ipse adjicit. Nec priora illa verba, *quoties vero*, refragantur. Nam et verba et contextus totius orationis Ulpiani satis nos admonent, Ulpianum illic loqui de eo creditore, qui post pecuniam acceptam, non in re præsenti constituat, in quam caussam solutum accepto ferat. Primum ait, *quoties* in quod solutum sit, *non dicimus* plurali verbo: quod ex proprietate verbi recte ita accipiemus, quoties ambo, id est, debitor, et ego creditor non dicimus: nempe in re agenda et tempore solutionis. Tum autem in extremis verbis distincte loquitur de eo creditore, qui in re præsenti constituat, quid velit: quod certo argumento est illum prius de eo locutum non esse: alioqui stulta esset, et inepta inculcatio. Postremo quod omnem dubitationem eximit, idem in *L.* 3. diserte scribit, tunc demum creditorem constituere solum posse solutum in duriorem caussam, cum

se liberationem in eam caussam, in quam solutum voluit debitor, modo suo tempore, id est initio id expresserit. Quæ enim voluntas, arbitrium, electio quæ alterius dissensu impediri potest. Et facit *L.* 102. §. 2. *h. t. L. ult. Quib. mo. pig. sol.* Nec obstat *d. L.* 2. *h. t. verba creditori liberum non accipere*, ceu exponit Pist. *d. n.* 4. *p.* 542. *et seq.* unde pete.

3) Nihil mutandum. Nec oratio imperfecta in Florentina lectione, sed vitiosa redditur hac correctione, ac perquam dura nostri expositio *ad L.* 3. *h. t.* Et imo non ita meræ ac liberæ voluntati creditoris res permittitur, uti cum debitor constituit, sed velut in boni viri arbitrio ponitur, Criss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 554. Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 21. *n.* 7. Nec ideo inanis eligendi facultas: Quid enim si omnium debitorum par caussa; Quid si probare velit creditor se, si debitor esset in eam quam elegit caussam soluturum, licet levior sit, potius quam in aliam graviorem, Hart. Pist. *d. Q.* 21. *n.* 11. Quid si vere durior caussa ex ordine juris a creditore electa, debitor autem ex intervallo velit in caussam aliam leviorem, certa ratione permotus, imputari. Non audietur invito creditore etc.

cum post pecuniam solutam id constituit. Maneat ergo illud, cum debitor non dicit, in quam caussam solvat, in potestate creditoris esse constituere, in quam caussam acceptum velit, etiam debitori leviorem. Sed et hoc rursum ita est, nisi debitor in re agenda contradicat: nam si neget se in eam caussam dare, licet ei testari, ut aut pecuniam recipiat, aut in id accepto feratur, in quod ipse tum constituerit. Hoc in *d. L.* 2. *de solutionib.*

VII. Si neque debitor, neque creditor dixerint tempore solutionis, in quam caussam quod datur, solutum vellent, in eo interpretatio voluntatis ex jure sumitur: quo de ea re in hanc distinctionem constitutum est, ut intersit, agaturne de pluribus summis principalibus, an de sorte et usuris: illic res æstimetur pro commodo debitoris; hic contra pro commodo creditoris. Tum, inquam, cum de pluribus summis principalibus agitur, sic de eo quod sine utriusque demonstratione solvitur, in summa jus est, ut solutum acceptum feratur non ex arbitrio accipientis, sed in caussam debitori graviorem, qua scilicet primo quoque tempore exonerari illi expedit: hoc Ulpianus in *L.* 3. *L.* 5. in princ. *D. de solutionib.* Idque est, quod idem aliis verbis definit in *L.* 1. *eod.* creditorem hoc casu posse constituere, cui debito potius acceptum ferat: dummodo constituat in id solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus. Esset enim soluturus in eam caussam, quæ ipsi esset gravior et onerosior: et ut ipse loquitur in *L.* 3. ita in suo constitueret nomine, id est, in suo debito. Ex quo colligit, quod supra posui, si quid indistincte solutum sit, in graviorem et duriorem solutum videri, in eamque creditorem sibi accepto ferre debere. *d. L.* 3. *L.* 5. in princip *de solutionib.* Constitutio et interpretatio veterum ducta ex illa æquitate naturæ, qua placet favorabiliores esse reos, quam actores: item, procliviores nos esse debere ad liberandum. *L. favorabiliores*, *D. de reg. jur. L. Arrianus*, *D. de oblig. et action.* Hinc quæsitum, quænam esset caussa debitori gravior. In quo hic rectus est et naturalis progressus, ut ante omnia constituamus caussam aliquam quæ sit gravis: sic deinde gravi inventa, quæramus inter plures graves quæ sit gravior, et ut quæque erit gravissima, ita primo loco amoveatur debitori: quem et progressum reperiemus veteres re ipsa servasse magis, quam verbis expressisse.

VIII. Illud ergo primum in hac re, ut constituamus in his caussis pluribus quænam sit gravis caussa, quæ non gravis. Et recte definiemus eam debitori caussam et obligationem gravem esse, ex qua cogi potest ad solvendum, quod debet: illam autem non gravem, ex qua quod debetur, exigi non potest. Propemodum enim pro non debito est, quod dare nisi velis, cogi non possis. *L. sub hac*, *D. de oblig. et action.* Hinc nata illa definitio Juliani, quæ in hoc progressu primum locum obtinet; cum ex pluribus caussis debitor pecuniam solvit, ex ea caussa eum solvisse videri debere, ex qua tunc cum solvebat, compelli poterat ad solvendum. *L. cum ex pluribus*, 103. *D. de solution.* nempe quia hæc sola gravis debitori, quam nunc quærimus, cæteræ autem non graves. Caussæ ex quibus debitor cogi ad solvendum non potest, sunt tres: obligatio naturalis; obligatio civilis, sed in diem, aut sub conditione; obligatio civilis pura, sed quæ sit in controversia. Ex obligatione naturali in totum nulla petitio est, eoque nulla necessitas præstandi. *L. naturales*, *D. de obligat. et act.* Quod in diem aut sub conditione debetur interim peti non potest. *L. cedere*, *D. de verb. signif.* Sed et quod controversum est, non prius constat ex eo petitionem esse, quam reus eo nomine judicio victus et condemnatus fuerit.

IX. Hinc totidem caussæ superiore definitione exclusæ, ne in has solutum acceptum feratur: quod et de singulis alibi nominatim traditum legimus a veteribus. Et si quid naturaliter debetur, ut usuræ pacto, exstat etiam de his constitutio Antonini, ne quod solutum est, in eam caussam acceptum feratur: ut quanvis usuræ ex pacti conventione nominatim solutæ retineri a creditore possint, tamen proprio titulo non numeratæ pro solutis ex arbitrio percipientis non habeantur, idest, quod simpliciter solutum est, non possit retineri a creditore in eas usuras, tanquam in eas pro æstimatione percipientis solutum esset. Exstat in *L.* 5. §. *Imperator*, in fin. *D. de solutionib.* Similiter et si quid in diem aut sub conditione debetur, diserte scribit Ulpianus in *L.* 3. *eod.* id videri solutum, cujus dies venit.

X. At enim ex eodem Ulpiano prius scriptum legimus in *L.* 1. *D. eod.* in hæc verba, creditorem in id constituere posse solutum, *in quod ipse si deberet, esset soluturus; idest, in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, in quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat:* quod sane aperte contrarium est, si prius illud, *aut*, pro vel accipimus. Erit enim hæc

sen-

sententia; creditorem id quod solvitur, constituere posse solutum in id debitum, quod non est in controversia, vel in illud, in quod pro alio fidejusserat, vel in id cujus dies nondum venerat: quorum posterius idem Ulpianus diserte negat in *d. L.* 3. prius autem diserte Pomponius in *L.* 4. *eod.* Et vero ex ea definitione, quam supra posuimus, prior illa sententia aperte falsa est: ut dubitandum non sit, quin aut superior locus *L.* 1. mendosus sit, et pro priore particula, *aut*, legendum sit, *haud*, quod valet non; aut eadem particula retenta interpretandum *aut* pro non. Prius alicubi se legisse significat Accursius in glossa ad eam particulam, cum in extremo ita scribit: vel dic *haud* pro non. Idem et se legisse in uno vetere exemplari testatur [4] Russardus. Sed et posteriore et vulgari scriptura retenta; tamen nihil prohibet, quominus hoc idem *aut*, pro haud, idest non, positum accipiamus. Non enim novum est in Pandectis Florentinis omitti aspirationem, ubi ex usu communi addi solet: ut in *L. illud*, circa fin. *D. de peric. et commod. rei vend.* legitur oc casu, pro hoc casu, Et in *L.* 5. §. *ultim. D. de rescind. venditio.* legitur omo pereat, pro homo pereat. Item in *L.* 4. in fin. princip. *D. de in diem addict.* anc speciem pro hanc speciem. Et quod ad literam, *t*, postremam attinet, ne ea nos moretur. Nam plerique non infimæ notæ Grammatici auctores sunt haud pro non scribendum [5] per *t*, non per d, ut sit haut, non haud. Quod cum ita sit, postquam accedit certi juris ratio ex aliis locis cognita, quæ sententiam negativam exigat, non hærebimus in hac re, quin alterutro modo ex his locum aut emendemus; aut interpretemur. In eadem caussa cum superioribus est ea, quæ est in controversia, ut ante ostendi: in quam idcirco ex superiore interpretatione *L.* 1. placet creditorem solutum acceptum ferre non posse.

XI. Hoc intellecto, quæ sit gravis debitori caussa, in quam primo loco solutum costitui oporteat: proximum est, ut si quæ plures hujus generis occurrent, ex quibus debitor diversas summas debeat, quæratur, quæ sit ex duabus gravior, ex multis quæ gravissima, quo hæc pro commodo creditoris primo loco subducatur. In quo animadverto tres a veteribus observatos esse summos et principales gradus, et in his servatum hunc ordinem, ut a gravissimis caussis [6] progressus fieret ad minus graves. Primus ergo gradus est in eo, si qua sit caussa ejusmodi, in qua dilatio damnum aliquod aut periculum adferat vel famæ, vel pecuniæ, vel molestiæ a pluribus creditoribus subeundæ. Periculum famæ versatur in iis actionibus, ex quibus damnatus ex edicto fit infamis: ut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, pro socio, tutelæ, mandati, depositi. *L.* 1. *D. de his qui not. infam.* Periculum pecuniæ est in iis, quæ si quid non præstetur, aut pœnam aut pecuniæ usuram continent, aut infitiatione crescunt, aut hypothecam adjunctam habent: ubi scilicet pecunia non soluta debitor pignoris distractionem patitur, in qua sæpe magnum debitoris damnum est. Atque hoc ex genere maxime est actio judicati: ex qua bona debitoris capiuntur pignori, et distrahuntur, unde judicatis satisfiat: accedunt etiam usuræ centesimæ, quibus ex caussa judicati subjicitur condemnatus Justiniani constitutione. *L. ultim. C. de usur. rei judic.* Periculum molestiæ a pluribus creditoribus imminet, cum debitor aliquid debet satisdato, id est, fidejussoribus datis. *L.* 1. *D. qui satisd. cogan.* Hic enim habet duorum generum creditores: creditorem principalem, et fidejussores, qui non desinent debitori molesti esse, donec solvat. Placet igitur, ut quæque harum caussarum primo incurrerit, ita in eam caussam accepto ferendum, quod solutum est. Et quoniam in his periculis alia aliis sunt graviora, ideo etiam in hoc genere hic ordo servatus est a veteribus, ut primo loco potior habeatur ea caussa, quæ famosa est, ut in qua de existimatione agatur, re omnium gravissima. *L. cum ex pluribus*, 97. *L. si quid*, 7. *D. de solutionib.* Secundo loco ea, quæ pœnam continet: qualis est, quæ habet stipulationem pœnæ, aut usurarum adjunctam; qualis, quæ crescit per infitiationem; qualis obligatio et

4) Et Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 10. Sed Cujac. 5. *Obs.* 34. ita mavult Græcorum auctoritate *non in id debitum quod est in controversia*, et Cont. 1. *Disp.* 7. *in fin.* quo quia idem sensus redditur lectori electionem præbet, Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 21. *n.* 10. Verum Lycklama 5. *Membran.* 20. receptam scriptionem sic tuetur. Ordo hic: (1) Constituet sibi solutum debitum liquidum. Et donec proprio nomine debitum liquidum, non in id quod fidejussorio nomine debetur, multo minus quod in diem. Sin cætera debita controversa, et quod fidejussorio nomine debet, liquidum, in hoc potius accepto feret. Quod si et hujusmodi nullum aut itidem illiquidum, tunc devenitur ad debitum, cujus dies nondum venerit. Quippe si ipse deberet magis adhuc se exoneraturus eo credi posset quam eo quod controversum haberet. Perperam vero Jo. Leuncla. *Lib.* 2. *notat.* duplicem negationem ponendo legit *non in id debitum, quod non in controversia*, ref. Sim. Ulric. Pist. *in Add. d. Q.* 21. *n.* 10.

5) Sed Lips. 3. *Var. Lect.* 29. ex Victorino Grammatico testatur *haut* scribi quoties a consonanti sequens dictio incipit, *haud* vero quoties a vocali. Atqui in *d. L.* 1. vocalis sequitur.

6) De quo et Menoch. *Arb. C.* 493. et 3. *Præsumpt.* 136. Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 21. *n.* 15. *et seqq.*

et actio judicati. *d. L. cum ex pluribus*, 97. *L.* 4. *dict. L.* 7. *D. de solutionib.* Tertio ea caussa, quæ sub hypoteca vel pignore contracta est, propter periculum distractionis pignorum. *d. L. cum ex pluribus*, 97. Postremo, ea ex qua quid debetur satisdato. *d. L.* 4. *de solutionib.*

XII. Si in caussis, ex quibus debitor ad solvendum compelli potest, nullum tale periculum metuitur ex dilatione, quale ante diximus; proximus gravitatis gradus est in eo, si qua sit caussa propria debitoris, non aliena: seu quid is suo, non pro alio fidejussorio nomine debeat. Ideo et post superiorem ordinem placet potiorem haberi caussam propriam, quam fidejussoriam. *d. L. cum ex pluribus*, 97. *L.* 4. *de solutionib.* Quæ sententia apud veteres justam dubitationem habere potuit: cum jure vetere tam teneretur quivis ex caussa fidejussoria, quam ex sua: nam eo jure potestas fuit creditori relicto reo eligendi fidejussores. *L.* 5. *C. de fidejuss.* Unde et Papinianus in *d. L. cum ex pluribus*, 97. hujus sententiæ rationem reddere studuit præter cæteras; et ait id veteres ideo definivisse, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse. Ratio sumpta ex more et ingenio hominum, qui quia se sibi proximos ducunt, ideo non tantum ad utilitatem sed etiam ad officium suum pertinere putant sua potius curare, quam aliena: ex quo et illud tritum sermone proverbium apud Terentium in Andria, *Proximus sum egomet mihi.* Sed hodie res expedita est, neque omnino superiore ratione indiget. Nam hodie beneficio Justiniani fidejussor propemodum in diem debet, vel potius sub conditione, si debitor principalis absit, aut præsens non sit solvendo. *auth. præsente*, *C. de fid.*

XIII. Si nihil eorum interveniet, sed omnia nomina erunt et incommodo et proprietate similia: etiam hic tertius gravitatis gradus admissus est a veteribus, ut ex omnibus habeatur caussa gravior, quæ est antiquior. Ideo placet, cum cætera concurrent, quod indistincte solvitur, in vetustiorem et antiquiorem caussam solutum videri, *d. L. cum ex pluribus*, 97. *L.* 5. in princip. *L. ubi*, 24. *L. creditor*, 102. §. *Valerius*, *de solutionib.* Quod tamen prima fronte videtur a veteribus contra statui debuisse. Nam quo quæque caussa recentior est, eo est et debitori gravior: ut quæ longius distans a præscriptione longi temporis tollatur difficilius, eoque et magis debitorem oneret. Illa contra levior debitori, quæ est antiquior, propter hanc ipsam præscriptionem temporis: a qua quo minus distat obligatio, eo proprior est liberationi, eoque et minus debitorem onerat. Et ita res habet. Si utilitatem spectamus debitoris, levior illi caussa est, quæ est antiquior: in qua non solvendo citius perveniat ad longi temporis præscriptionem. Sed hanc expectare, atque ideo non solvere non est honestum. Turpe est diu debere aliquid, et in eo frustratorem videri. Turpius exceptionem temporis quærere, ut creditorem fraudes. Inde quæsitum interdum quis sit antiquior contractus: ut in liberto de contractu operarum dubitatum indicat definitio ad id explicandum comparata in *L. in liberto*, 77. *D. de solut.* Finge libertum debere patrono operas: eumdem post manumissionem pleraque contraxisse cum patrono, aut ex aliis caussis ei debere cœpisse, ita ut extra caussam temporis nulla ex his caussis alia esset gravior: deinde summam aliquam patrono solvere sine designatione ejus summæ, in quam solutam vellet. Quia hoc casu dicimus id quod solvitur, in antiquiorem caussam cedere, quæsitum est, an operarum contractus cæteris esset antiquior, an cæteri hoc contractu. Quid enim, si proponas libertum ante cæteros contractus nihil operarum nomine debuisse patrono, sed tantum postea debere cœpisse, quia cum postea operæ indictæ essent, eas non præstitisset?

XIV. Et res definita est in *d. L. liberto*, *de sol.* his verbis: *in liberto antiquior contractus operarum esse non potest, sine quo libertas ei data non esset.* Si hæc ratio addita non esset, intelligeremus ex verbis prius hoc dici, in liberto contractum operarum non posse esse antiquiorem cæteris, quos libertus cum patrono constitutos habet; et ideo cæteros esse antiquiores. Nunc hæc ratio ostendit contrariam sententiam accipi debere: esse autem hanc; contractum ullum antiquiorem esse non posse operarum contractu; ut hic verbum contractu repetamus ex proximo, significeturque, cum nullus alius contractus liberti possit esse antiquior, restare ut sit antiquior cæteris contractus operarum. Id autem dici sic ratio subjecta efficit, quod cum dicitur, sine contractu operarum futurum fuisse, ut nec libertas data esset: significatur hunc contractum jam a principio libertatis datæ cum patrono esse interpositum: quod et verum est: non enim debentur operæ patrono, nisi tempore manumissionis impositæ. *L.* 1. *C. de op. lib. L. ult. D. de statul.* Quod si ita est, perspicuum est hoc colligi, quicunque contractus

post

post hanc manumissionem secuti sunt, esse posteriores operarum contractu: eoque et hunc contractum cæteris esse antiquiorem. Hoc et Accursius recte intelligens eodem modo locum accepit: nisi quod ante verbum operarum putat subaudiendum, *quam*, quasi ita scriptum esset: in liberto antiquior contractus quam operarum esse non potest. Hoc quidem ad contextum orationis parum tollerabile, cum nusquam prius sit hoc, quam, unde in reliqua oratione id repetatur: sed tamen ad sententiam idem efficit.

XV. Sunt ergo hæ caussæ ordine, in quas quod solutum est, ante alias acceptum ferri debeat. Quod tunc nullam dubitationem habet, cum nihil amplius solutum est, quam quod in unam aliquam queat imputari. Quid fiet, si major pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit? quod amplius est, reliquis caussis suo cuique ordine tribuetur: quod his verbis expressit Papinianus in *d. L. cum ex pluribus*, 97. de solut. *nihilominus primo contractu*, inquit, *soluto*, *qui potior erit*, *superfluum ordini secundo*, *vel in totum*, *vel pro parte minuendo videbitur datum.*

XVI. Quod si par dierum, et contractuum caussa sit; dierum, ut nulla alia aliis sit antiquior, contractuum, ut alii aliis non sint debitori onerosiores: hic Pomponii recepta definitio est ex omnibus summis pro portione videri solutum. *L. illud*, 8. *D. de solutionib.* Recte ex omnibus, non ex una aliqua præter cæteras, cum omnes caussæ pares sint. Recte pro portione, non æqualiter; ut in paribus caussis tantum uni tribuatur, quantum alii pro portione: quod proportio arithmetica exigit.

XVII. Hæc dicta sunt de pluribus summis principalibus, ex quibus itidem diversæ summæ debentur. In quibus de solutione unius summæ hoc placere in summa animadvertimus; quod sine demonstratione debitoris creditorisve initio solutum est, in graviorem debitori caussam solutum videri: proinde in eam, quam tolli debitori expediat. Diversa caussa est, ut proposui, cum agitur de sorte et usuris; ex quibus sortis obligatio principalis est, usurarum accessoria. Hic si quid solutum sit, quod ad utrumque caussam non sufficiat, neutro voluntatem suam exprimente servatur id quod scriptum est in *L.* 1. *C. de solut.* ut prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem [7] accepto feratur. Ergo in eam caussam, in quam accepto ferri creditori expedit, non debitori. Est enim creditori utilius ante acceptum ferri in usuras quam in sortem: contra debitori prius acceptum ferri in sortem, quam in usuras. Nam sublata obligatione usurarum præteritarum, nihilominus manet sortis obligatio integra creditori, et simul obligatio futurarum usurarum: cum si sors prius solvatur, una cum sorte etiam tollatur obligatio usurarum accessoria. *L. eos*, in princ. *C. de usur.* quod creditori incommodum est; utile debitori. Cur ergo non hic quoque sequimur id quod debitori utilius commodiusque est, uti et in pluribus caussis principalibus? Quia in principalibus id fieri licet sine creditoris damno et injuria: in sorte et usuris non licet. Nam cum in principalibus caussis quod solvitur, acceptum fertur in caussam debitori graviorem pro commodo ejus; quamcumque eam caussam esse placet, semper ea una obligatio creditori tollitur, cæteræ ut æque principales integræ ei manent. Et æquissimum quod debitori prodest, et creditori non nocet, id debitori tribui, quod nec extraneo cuivis in rebus aliis denegaretur. *L.* 2. §. *quamquam*, *D. de aq. plu. arc.* Et hactenus verum est, quod Ulpianus in hac specie scribit in *L.* 1. *D. de sol.* æquissimum visum esse creditorem ita rem agere debitoris, ut suam ageret: nempe in his caussis principalibus, in quibus id constituit solutum, quod debitori expedit: quia nihil præterea ei in cæteris caussis decedit. Id contra fit in sorte et usuris, si creditor solutum cogatur prius acceptum ferre in sortem. Sic enim eveniet, quod jam dixi, ut una cum sorte soluta tollatur etiam obligatio usurarum, quæ tamquam accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc vero non sine damno et injuria creditoris. Ideo recte placuit non esse admittendum.

XVIII. Quod dicitur, in proposito id quod solvitur, prius in usuras accepto ferri, sic accipiendum est, si creditor ita constituat. Potest enim in usuras acceptum ferre, si velit: potest, et si velit, in sortem. Sed hoc posterius facere non cogitur. Totum enim hoc pro commodo ejus constitutum est.

XIX. Quid tamen si creditor dum pecuniam accipit, ita caverit debitori, ut diceret se in sortem et usuras accipere? An prius in sortem acceptum ferre debebit, deinde quod superest in usuras, ut est ordo verbo-

7) Vid. Hart. Pist. Q. 21. n. 25. et seqq. Jacob. Scultet. Q. pract. 45.

rum superioris cautionis; an quia conjunctim dictum est, in sortem et usuras, debet quod solutum est, simul sorti et usuris decedere pro rata? Nam superior oratio utramque interpretationem recipit. Et placuit neutrum admittendum, sed jus superius in hac quoque cautione servandum, ut solutum prius acceptum feratur in usuras; tum deinde si quid superfuerit, in sortem cedat. Hoc in *L.* 5. §. *ult. D. de sol.* At enim in re dubia a verbis cautionis discendendum non est. *L. non aliter, D. de legat.* 3. *L.* 1. §. *licet,* vers. *in re igitur dubia, D. de exerc.* Quid autem aliud significatur superioribus verbis, quam alterutrum eorum, quæ dixi? Immo illis verbis intelligi potest et istud tertium: ut quod solutum est imputetur prius in usuras, tum si quid superest, in sortem. Nam et cum summa accipitur isto ordine, semper verum est accipi in sortem et usuras, etsi verborum ordine ista convertuntur. Esto, contineatur superioribus verbis et hoc tertium: at certe semper constabit contineri etiam superiora. Cur ergo hoc tertium potius sumitur? Et hujus objectionis occupandæ caussa ratio redditur in *L.* 6. seq. de solut. *nec enim*, inquit Paulus, *ordo scripturæ spectatur; sed potius ex jure sumitur id quod agi videtur.* Recte Paulus. Significat enim, ut sunt superiores sententiæ, quas cautio proposita recipit, cautionem esse ambiguam. In ambigua oratione ex perpetuis præceptis juris sequendum esse id quod actum est. *L. ubi, D. de rebus dub. L. semper in stipulationibus, D. de regul. jur.* Id quod si in hac cautione quæritur, recte ait id sumi ex constituto jure. Verisimile est enim contrahentes id quod agunt, attemperare velle ad id quod in more est, et jure publico, et id sequi, nisi quid appareat aliter eos sibi cavisse.

XX. Usuras hic quas accipere debeamus, videndum est. Nam quædam per stipulationem civiliter deberi possunt: quædam pacto tantum naturaliter. De iis quæ debentur civiliter, quas easdem debitor cogitur exsolvere, nulla dubitatio, quin aut ad nullas, aut ad eas superior constitutio maxime pertineat. Sed an pertineat etiam ad indebitas, quæ pacto naturaliter tantum debentur, possit creditor quod solutum est, etiam in eas solutum pro arbitrio constituere; id vero est quod in hac parte dubitationem recipit. Nam et hæ usuræ sunt, eædemque creditori debitæ. Rursum jure civili ita indebitæ, ut ab invito exigi non possint. Et, quod alia constitutione effectum est, placuit ad eas usuras constitutionem superiorem non pertinere, nec licere creditori in eas quidquam retinere, quod non aperte in eas datum solutumve sit. *d. L.* 5. §. *pen.* illic, *quod generaliter, de sol.*

XXI. Plane si in eas quoque pignus datum erit, quemadmodum per retentionem pignoris usuræ servari possunt; *L. per retentionem, L. pignoribus, C. de usur.* ita pignore distracto multo magis licere debet creditori pretium acceptum referre in eamdem quantitatem, etsi natura tantum debeatur. *L. Paulus,* 101. *D. de sol.* Nam quod manentibus adhuc pignoribus tribuitur creditori ad pecuniam debitam servandam, multo magis pignoribus pro commodo ejus distractis illi tribui debet in ea pecunia, quæ inde redacta est. Quod tamen sic servari placuit, si usuræ debeantur solum naturaliter, ut pacto.

XXII. Quod si quædam earum ex stipulatione, quædam ex pacto naturaliter debeantur, constitutum hic est, cum creditor pignore distracto pecuniam redigit, non posse eum quod solvitur in usuras, id est, quod sic accipit, ut imputet in usuras, non posse, inquam, eum id retinere pro arbitrio in eas usuras quæ naturaliter debeantur, sed ad utramque caussam usurarum tam debitarum, quam indebitarum pertinere; et quidem æqualiter, etsi summa utrarumque non sit eadem. *d. L.* 5. §. *penult. D. de sol.* ut, si proponas usuras civiliter debitas esse ad quinquaginta, natura tantum debitas esse ad viginti, et viginti a debitore soluta, detrahentur de singulis usuris decem ex æquo non autem pro rata cujusque usuræ portione *d. L.* 5. §. *pen.*

CAP.

CAP. XIII.

De iis factis quæ cum solutiones non sint, habeantur tamen pro solutione invito creditore similiter ut solutio. Ac primum, De oblatione rei debitæ.

I. Atque hæc de solutione vera dicta sunt. Sciendum est quædam facta esse, quæ cum solutiones non sint, si ad regulam veræ solutionis exigantur; jure tamen ita habeantur pro solutione invito etiam creditore, ut quodammodo species veræ solutionis videri possint: de quibus ideo conjunctio exigit, ut hoc loco dicatur.

II. Solutio cum numerationem et præstationem naturalem habeat rei debitæ: *L. solutam, D. de solutionib.* ideo ad summam duas has res desiderat; ut sit, a debitore quidem, qui debitum recte præstet, seu offerat: a creditore autem, qui oblatum accipiat Nam nec numeratio esse potest, nisi, sit qui præstet, nec præstatio aut traditio sine accipiente potest intelligi. Proinde si quid horum desit ad præstationem rei debitæ, solutio esse non potest. Finge ergo debitorem offerre quod debet, sed creditorem non accipere. Quamvis creditor sine caussa id faciat: tamen ex superiore regula oblatio hæc sola solutio non erit. Quid, si oblatam pecuniam recusante creditore debitor obsignet et deponat, ut liberetur? Et necesse est hic quoque idem dici quod supra, si creditor pergat non accipere. Multo minus ex superiore definitione solutio erit, si debitor nihil offerens quod tradat, velit pro soluto esse, quod sibi a creditore debetur, et in eo debiti compensatione uti, ac creditor recuset. Nam hic utrumque concurrit, ut nec creditor quidquam accipiat naturaliter, nec ei etiam quidquam naturaliter præstetur; ut profecto quamvis creditor compensationem admiserit, tamen ne sic quidem esse possit solutio. Sed cum in debitoris recta oblatione iniquum sit ei nocere injustam recusationem creditoris; ideo placuit, si quando nocitura erit, oblationem istam pro solutione haberi. Quod si velit debi-

bitor oblata pecunia statim, et sine ulla conditione liberari, etiam in hac re ei prospectum est jure: placetque id eum consequi, si pecuniam obsignarit, et deposuerit. Quod ad compensationem attinent, sane hæc cum traditionem præsentem nullam habeat, non potest dici solutio. Sed quia in re nihil interest, utrum quid tibi tradam, an cum jam apud te est de meo, id patiar esse apud te, ut maneat, recte hæc quoque admissa est pro solutione; quasi quod pensatur, re vera traditum sit creditori, quod et ille prius acceperit. Quæ cum ita sint; tria sunt in summa, quæ cum vere solutiones non sint, jure tamen habeantur pro solutione; oblatio debiti; rei obsignatio solemniter facta; et compensatio.

III. Oblatio debiti sola nec quævis, nec semper pro solutione habetur. Ante omnia, quamcumque oblationem ad solutionem proficere volumus, eam et vere oblationem, et rectam esse oportet. Vere oblatio est, si id fit, quod verbo continetur. Offerre pecuniam, aut rem debitam creditori, non est dicere solum separatum esse illi solvere: sed est rem debitam illi repræsentare, et simul ostendere se paratum illi tradere in præsentia, si velit. Ut, si sit species aliqua debita, ea tunc offertur, cum paratus est debitor jam nunc de manu in manum tradere præsentem. Si pecunia debetur, tunc offerri intelligitur, non cum debitor repræsentat tantum confuse; sed cum [1] annumerat: ut numeratio declaret summam congruere, quanta debetur, ac quandoque sciri possit totum oblatum quod debetur: quod ad justam oblationem facere necesse est, ut postea dicetur. Id cum ex verbo ipso satis intelligitur, in quo inest ob, id est, juxta, et ferre: tum vero non male colligitur vulgo ex *L. cum servus*, *D. de cond. et demonst.* ubi negatur servus ex conditione pecuniam reliquorum offerre, qui reliqua in folle offerat, id est in pera aut sacculo inclusam; de qua propterea constare non possit, an sit hæc ipsa pecunia quæ debetur.

IV. Sed hæc repræsentatio in rebus mobilibus ad oblationem necessaria est: in rebus soli non exigitur. *Authen. dos data*, *C. de donat. ante nupt.* Et vero ineptum sit in his eam exigere: non solum quia semper certum est, ubi sita sit res immobilis debita: sed multo magis, quod ea ad aliquem abduci non potest, sed nos ad eam ire cogimur, cum loco moveri non possit. In hoc igitur genere rerum idonea oblatio est, si is qui rem debet, dicat se paratum creditori eam tradere. Quod etiam in præsentia facere potest, vel constituendo se nomine creditoris possidere. *L. quod meo*, *D. de acq. poss.* vel mittendo creditorem in vacuam possessionem, quum ille quandoque cum videbitur, pro arbitrio possit ingredi. *L. si me*, *in vacuam*, *D. de acq. poss.*

V. Non est satis rem debitam ita offerri, ut modo diximus. Hoc amplius recte offerri oportet; quod secus fit, hic ut in aliis rebus omnibus nec fieri videtur. *L. quoties*, *D. qui satisd. cog.* Recte offerre duo continet: quorum unum pertinet ad debitorem ipsum offerentem; alterum ad creditorem. Pro commodo debitoris hoc habere debet oblatio, ut is post contestationem offerat, ut est in *L. acceptam C. de usur.* Id valet, ut offerat testato, seu testibus præsentibus: apud quos videlicet testetur id esse quod debet, quod nunc offert; petat, ut meminerint, et testes esse velint: hoc enim in hac ipsa re sic explicatur in *L. si creditrici*, *C. de usur.* *L. 1. C. de suscept. et præp. titul. 70. libr. 10.* Quorsum ergo hæc testatio? Non sane ut in eo creditori satisfiat; cujus multo magis interest oblationem istam tectam esse, quam testatam, ubi testata valet ad eum convincendum: sed ut si quando res oblata perierit, et de oblatione debitori fiat controversia, paratam habeat in ista testatione probationem, atque ita sibi caveat, sine quo alioqui oblatio illi esset inutilis.

VI. Pro creditore autem hoc cavendum in oblatione, ut sic offerat debitor, ut debet, ne secus offerens justam aliquam det creditori recusandi caussam. Ut recte offerat hoc modo, positum est in re quæ offertur; in personis dantis et ejus cui offertur; in tempore, et loco solvendi, tum in quantitate præstationis: de quibus supra in vera præstatione diximus: nunc tantum attingam, quantum ad hanc oblationem necesse est. In

re

1) Donell. *ad L. 19. de C. de Us. n. 6.* Non in loculis et crumenis tantum ostendat, Menoch. *Arb. Cas.* 232. *n.* 10. Tiraq. *de Retr. conv.* §. 4. *Gl.* 6. *n.* 18. *et seqq.* et quos laudat Arumæ. *de Mora Cap. 7. n. 4.* ipse tamen, nec improbabiliter ab iis recedens (1) per *L.* 122. *Pr. de V. O.* ubi qui testato dixerat se numerare paratum liberatus esset, nisi alio loco fecisset. (2) per *L. 4. §. 1. de eo quod cer. lo. L. 5. de act. empt. L. 5. C. de distr. pig. Nov. 91. Cap. 2.* quæ tantum de paratis tradere. (3) quia et hic est quod imputetur creditori, plus certe quam quod debitori (4) quia quæ ratio efficit ut res facile transferri nequeat, (veluti si immobilis sit) sufficiat testatio debitoris quod tradere paratus sit: illi et in alia re locus. (5) cui bono reclusio sacculi et numeratio molesta debitori, siquidem creditor aperte profiteatur se accipere nolle. Dices ut constet integram summam offerri. Atqui hoc est testium assertione et depositione sequuta liquere potest. Atque his rationibus blanda vi clarissimi et exactissimi judicii Jurisconsultus, Salanæ hujus decus, in suam sententiam me facile pertrahit.

re oblata jus hoc exigit, ut offeratur quod debetur. Aliud pro alio invito creditore solvi non potest. *L.* 2. §. 1. *D. si cert. petat.* In personis dantis et ejus cui offertur aliud hic servandum, quam in solutione. Debitor ipse ad liberationem offerre debet. Alius ejus nomine si [2] offerat, recusante creditore ideo nihil egerit, quia liberatur debitor hac oblatione ut plurimum per exceptionem, ut postea dicturi sumus. Hanc alius ei acquirere non potest, vetante regula juris, quæ efficit per extraneam personam nobis nihil acquiri posse. *L.* 1. *C. per quas person.* Creditori quoque ipsi debitor jubetur offerre in *d. L. acceptam*, *C. de usur.* Alii recusanti si offerat, quanvis procuratori, et ei cui ex voluntate creditoris recte solvatur, ideo nihil profecerit, quia non ex voluntate et mandato creditoris hoc casu recusetur. Semper enim vere dicturus est creditor se his mandasse, ut pecuniam recte oblatam acciperent, non ut recusarent. Unde intelligitur hanc recusationem præter mandatum esse, eoque invito creditori nocere non debere. *Tit. res int. al. act. C.*

VII. Quid, si creditor aberit, cui debitor velit solutum, nec possit ei offerre propter absentiam? Consultum est, ut debitor interpellet magistratum, apud quem ostendat sibi paratam esse pecuniam, quam offerat; se ideo id facere non posse, quia creditor abest, placetque perinde id habendum, quasi creditori obtulisset. *L. si creditrici*, *C. de usur.*

VIII. In loco et tempore hoc exigitur, ut [3] opportuno loco et tempore quidque offeratur. Alio loco aut tempore oblatum, ut juste recusatur, ita ad debiti liberationem nihil prodest. *L. obsignatione*, *C. de solution. L. si soluturus*, 39. *D. eod. L. mora*, *D. de solut.* Quis sit opportunus locus, quod tempus opportunum, aut contra, satis diximus supra sub Titulo *quo tempore quove loco*, *et quatenus quidque præstari debeat.*

IX. In quantitate præstationis est, ut quantum debetur in sorte et usuris, tantum [4] offeratur: ut proinde si quid de tota summa vel minimum desit, juste oblatio a creditore recusetur. *L. acceptam*, *C. de usur. L. obsignatione*, *C. de usur.* nisi tamen quid aliud [5] convenerit. *L. tutor*, §. 1. *D. de usur.* Est igitur justa oblatio in summa, cum debitor totum quod debetur tam in sorte, quam in usuris, creditori repræsentans declarat se paratum esse illi solvere, idque facit suo loco, et tempore. Idem est, et si creditore absente idem faciat apud magistratum.

X. Justæ oblationis, qualem modo descripsimus, non ea vis est, ut statim debitor liberetur, sed tunc solum, cum res oblata a debitore, sine nova mora aut dolo malo ejus periit. Principio ita statuendum est, quandiu res oblata exstat, tamdiu debitorem sola oblatione nullo modo [6] liberari jure communi. Quod usque adeo verum est, ut si creditor qui quandoque recusavit oblatum sine caussa accipere, postea velit sibi solvi, et a debitore petat, non solum jure petat, sed etiam debitor non solvens incipiat moram facere: quam et moram ut posteriorem illi nocere placet. *L. illud*, *D. de peric. et comm. rei vend.* Vel ipsum nomen moræ, quam hic dicimus debitorem facere, certissimum argumentum est, etiam post oblationem priorem debitoris, et injustam creditoris recusationem superfuisse creditori integram actionem, qua jure possit eamdem rem petere, eoque nec liberatum esse ea oblatione et recusatione debitorem. Nulla enim a debitore mora fieri intelligitur, ubi nulla creditoris petitio est, ut est regula juris. *L. nulla*, *D. de regul. jur.* id est ubi nulla creditori actio est ad petendum, ut explicatur in *L. lecta*, vers. penul. *D. si cer. pet. L. si pupillus*, *D. de verbor. oblig.* Et ut debitor oblatione sola non liberatur in sorte; sic nec ulla in parte retardantur sortis accessiones, ut [7] usuræ et pignora. Itaque qui sortem obtulit creditori, si creditore non aci-

2) Imo idem est alio pro debitore offerente. Quod omnino consequens est, iis quæ *supra C.* 10. *N.* 3. quod alius pro alio creditore quoque invito solvere possit, et tradit hoc noster aperte a se dissentiens *ad L.* 19. *C. de Usur. n.* 8. et Briss. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de obsignatione p.* 408. Nec obsistit ratio hic adducta, quia nihil quæritur principaliter, sed per consequentiam.

3) Vid. *supra C.* 11. *N.* 4. Non si studiose captato tempore absentiæ creditoris, quem scit Procuratorem non reliquisse Cujac. *Cons.* 57.

4) Una cum usuris, ut si vel minimum ex usuris desit nulla ex parte liberetur *d. L.* 41. §. 1. Don. *ad d. L.* 19. *C. de Usur. n.* 10. *et seq.* ut tamen calculi aliusve facti error non obsit, vid. Gœd. *de Contr. stip. Cas.* 12. *n.* 36. Ant. Fab. *de Var. nummar. debit. sol. C.* 7. *p.* 155. *et pag.* 141. *et seq.* Tiraq. *de Retr. convent.* §. 4. *Gl.* 6. *n.* 23. *et seqq.* Si tamen debitum non omni ex parte liquidum, partis liquidæ solius oblatio valet, maxime si pro residuo fidejussori offeratur, Jo. Hoppen. *Q.* 34. *n.* 9.

5) Item exceptione alia favore libertatis in *L.* 4. §. *item si* 10. *de statulib.* Don. *d. lo.*

6) Quatuor casus hic distinguit Menoch. *Cap.* 232. *n.* 13. *et seqq.* Cujac. 8. *ad Afric. in L.* 39. *h. t.* Nudæ oblationis hos esse effectus scribit: Moram emendat, periculum in creditorem transfert, ut perempta pecunia sine culpa debitoris (Donellus autem statuit etsi culpa) liberetur. Solvit ἀντίχρησιν *L.* 11. *C. de Usur.* (quam tamen de oblatione in jure facta exaudit, Arumæ. *de Mora C.* 7. *n.* 7.) liberat publicis debitis *L.* 1. *C. de suscept. et arc.* et usuris ex mora debitis *L.* 122. §. *Seja.* 5. *de V. O.* ac gravioribus in stipulationem deductis, si offerantur minores, de quibus initio convenit *L.* 19. *C. de Usur.* Sorte autem non liberat, si exstet, nec usuris ex stipulatione debitis, nec pœna jam commissa, nec pignus solvit, etc. vid. et Anton. Fab. 22. *Err. Prag.* 5. et C. Faber. *de Pign. Act. definit.* 1. *et definit.* 6.

7) Scilicet ex conventione debitæ. Ex mora autem debitarum cur-

cipiente hic substitit, nec pecuniam obsignavit ac deposuit tuto in loco; usuras non eo magis in posterum debere desinet. *L. tutor pro pupillo*, §. *ult. D. de admin. tuto. L.* 1. in fin. *L. debitor*, *D. de usur. L. acceptam*, *C. eod.* Sic et post oblationem pecuniæ, cui pecuniæ obsignatio et depositio adjuncta non est, pignus nihilominus perseverat. *L. si prius*, *C. de dist. pig. L. ult. C. deb. vend. pig. imp. non posse*, *L. ult. C. de luit. pig.* Atque hoc jus commune est. Jure singulari duæ caussæ sunt exceptæ.

X. Una est in libertate, cum servus manumissus est sub conditione si decem heredi daret. Hic enim constitutum a Justiniano est favore libertatis, si servus implendæ conditionis caussa decem obtulerit, et ille accipere nolit, servum continuo liberum fieri, tanquam impleta conditione; neque id satis, sed cum post libertatem pecuniam dare posset, et alias deberet, ut eodem loco constitutum est, nihilominus ita liberari, ut in posterum heredi nihil præstare eo nomine debeat. Hoc in *L. ult. L. de cond. inst.* Altera caussa est in vectigalibus, tributis, et aliis pensitationibus publicis, in quibus humanitatis caussa, et quo magis invitentur homines ad promptam harum rerum præstationem, hoc datum est earum rerum debitoribus, ut si solvere volentes fuerint a susceptore contempti, cum testibus adhibitis contestationem interposuissent, hoc probato plenam securitatem consequantur: ea lege ut susceptor eam summam quæ debebatur cum altero tanto, id est, ejus summæ duplum fisco dependere cogatur. *L. 1. C. de susc. et præp. lib.* 10. Sed hæc, inquam, jure singulari ita sunt, ut apparet. Quo magis confirmamur, juris communis rationem hoc efficere in cæteris caussis omnibus, ne re recte oblata exstante debitor unquam ea oblatione sola liberetur.

XII. Sed etsi res oblata perierit nova mora a debitore interposita, dum post oblationem interpellatus non solvit, quia mora hæc posterior ei nocet, ideo tam tenebitur, quam si nunquam obtulisset: mora enim perpetuat obligationem. *d. L. illud*, *D. de per. et commo. rei vend. L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de obl.* Idem dicemus, etsi nulla nova mora debitoris interveniente res perierit dolo malo ejus. Nam quæcumque liberatio tribuitur debitori re perempta post ejus oblationem, tribuitur hactenus, ut semper dolus malus ejus excipiatur. *d. L. illud*, *D. de peric. et com. rei vend. L. si mora D. si sol. mat.* Et recte. Cum enim æquissimum sit nulli dolum suum prodesse, idque ita jus sit, *L.* 1. *D. de dol.* consequens fiat et illa recipi, quæ jure certo constituta sunt: eum qui dolo desiit possidere, perinde teneri ac si possideret: item dolum pro possessore esse: *L. parem*, *L. qui dolo D. de dolo.* Item, neminem facto suo obligationem suam tollere posse. *L. sequitur*, §. *videamus*, *D. de verbor. obligationib.*

XIII. Quod si ea concurrent, quæ diximus, ut res oblata sine nova mora debitoris, sine dolo malo et facto ejus perierit, tum oblatio debiti cujuscumque præcedens eum liberaverit. Idque ita est, etsi culpa aliqua debitoris aut negligentia arguatur. Nam etsi ante culpam præstare debuisset, oblatione secuta non jam amplius præstare deberet, quam dolum. *L. illud*, *de peric. et com. rei vend. L. si mora*, *sol. matr.* Etsi igitur verum est, quod scribitur in *L. qui decem*, in princ. *D. de solut.* Si debitor oblatam a se pecuniam sine sua culpa perdiderit, posse eum doli mali exceptione se tueri: tamen non minus et hoc verum est, etsi perdiderit sine dolo malo suo, quanvis culpa, idem juris fore. Nam et Marcellus *ibidem* scribit in fin. princip. Si maritus nummos dotis obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit; ipso jure desinere eum teneri. Ubi sine dubio illud repetere oportet, quod in priore definitione posuerat, si sine culpa sua perdiderit: nam illam definitionem confirmabat. Et tamen scimus maritum hoc casu liberari, si modo sine dolo malo ejus res perierit, *d. L. si mora*, *sol.*

XIV. Hoc modo liberatur debitor re perempta, non tamen ideo, quod ille obtulerit (nam quæ oblatio re exstante solutionem non habuit, quomodo re perempta solutionis vim consequeretur, cum una et eadem sit oblatio?) sed quod oblatio facit, ut creditor oblatum accipere nolens moram faciat. Hanc moram illi re perempta nocere placuit, *d. L. illud*, *D. de peric. et com. rei vend.* et huc pertinet regula juris, moram suam uni-

eum sistit, per *L.* 122. §. 5. *de V. O.* quia moram impedit, commissamque purgat, ita Cujac. *d. lo.* Ant. Fab. 22. *Err. Prag.* 6. Sed hoc displicet Arumæo *de Mora C.* 7. *n.* 7. Posita vero illa distinctione moveri tamen inde Faber non debuit, ut *d. L.* 28. vers. *ult.* Triboniani emblema, falso pro Ulpiani notatione obtrusum, statueret; Nec ut eidem, ibi et 12. *Conject.* 16. vers. *sed hoc constat* usque ad fin. *L.* 73. *de Procur.* tribueret. Alia enim elabendi via. Diss. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 12. *n.* 34. nuda oblatione sisti cursum usurarum sentiens cum communi schola, quod refellit Arumæ. *d. lo.*

unicuique nocere. *L. in condemnatione*, §. *unicuique, D. de reg. jur.* Quidni vero et creditori hoc casu noceat? eleganter enim Marcellus in *d. L. qui decem, de solut.* non est æquum, inquit, teneri pecuniæ amissæ eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset. Sed quoniam hæc omnis mora ex eo est, quod debitor solvere volens pecuniam obtulit, non abs re est, quod hæc liberatio oblationi tanquam primariæ caussæ tribuitur, in *L. obsignatione, C. de solut.* Cum præterea obtulerit debitor eo animo, ut solveret, atque ea solutione liberaretur; recte fit hoc quoque, ut liberatione post eam oblationem secuta, dicatur ea oblatio esse pro solutione, aut ut est in *d. L. qui decem*, pro soluto habendum esse id oblatum, in quo accipiendo creditor moram fecerit.

XV. Etsi autem hanc liberationem contingere dicimus re solum perempta: ne quis tamen interitui attribuat, non oblationi debiti. Hoc enim intelligi volumus debitorem, qui alioqui re perempta sine oblatione non liberaretur, hoc consecuturum re oblata, dum debita, ut ea oblatione liberetur. Quod contingit in quantitate debita semper: in specie debita interdum. Quantitatem si quis debeat, puta decem, aut centum aureos; si eam nunquam obtulerit, nullo interitu nummorum suorum eo casu liberari potest: ne si certos quidem habuerit domi ei solutioni destinatos. §. *item si is, Inst. quib. mod. re cont. obl.* Nam, ut in *capite de interitu rei debitæ* disseruimus, nullus interitus rei debitorem liberat, nisi rei debitæ. *L. si ex legati, D. de verbor. obligat. L. quod te, D. si cert. petat.* Nemo autem dicet, cum omnis pecunia debitoris perierit, rem debitam periisse; cum neque hæc, neque alia ulla quæ usquam est, certo deberetur, sed decem generaliter, et incerta, ubicunque essent, et undecunque promerentur. Nunc autem hoc dicimus, si debitor qui decem generaliter debuit, obtulerit certa decem creditori, quæ ille sine justa caussa accipere recusarit, deinde debitor ea sine dolo malo perdiderit, continuo debitorem tutum fore. *d. L. qui decem, D. de solutionib.* Non utique propter interitum rei debitæ quia etiam hic verum est ea quæ oblata sunt, non magis debita fuisse, quam alia quælibet: sed propter oblationem quæ præcessit, quæ debitorem adversus moram creditoris satis tuetur. *d. L. qui decem.* Etiam in specie debita accidit, ut debitor solo interitu rei sine rei oblatione non liberetur; non semper, ut cum quantitas debetur, sed interdum: tunc scilicet cum res debetur ex eo contractu, in quo debitor non solum dolum, sed et culpam præstat: ut venditor in re vendita, maritus in re dotali. *L. contractus, D. de regul. jur.* Quod enim et culpa in his præstanda esse dicitur, significat si culpa debitoris res perierit, nihilominus etiamnum debitorem obligari. Nunc hoc dicimus, quibus in caussis debitor re non oblata ob dolum et culpam suam tenetur, in his si rem recte obtulerit creditori recusanti, deinceps nihil amplius præstaturum, quam dolum, ac si res perierit sine dolo malo ejus, quanvis culpa, nihilominus liberari: ut appareat eum propter oblationem suam id consequi, non propter interitum rei. *d. L. illud, D. de peric. et com. rei vend. L. si mora, D. solut. matr.*

XVI. Sane ita est hæc liberatio, quam oblatio debitæ pecuniæ parit, ut in strictis judiciis veluti ex stipulatu, ex testamento, ex mutui caussa, non liberet debitorem ipso jure, ubi constet non posse dici rem debitam periisse; sed tantum per exceptionem doli mali; cum ita dicitur dolo facere creditorem, qui petat pecuniam amissam, cujus amissioni injusta recusatione sua caussam dederit. In bonæ fidei autem judiciis liberat ipso jure, ut si emptor obtulerit venditori pretium, maritus soluto matrimonio uxoris heredibus pecuniam quam dotis nomine debeat. Hoc Marcellus in *d. L. qui decem*, in princ. *de solution.* Quod non ita dicitur, quasi ex eodem facto, et eadem caussa non eadem sit exceptio debitori etiam in bonæ fidei contractibus: sed quod cum pariter ex utroque genere contractuum exceptio sit eadem; hoc tamen in exercenda exceptione inter utrumque interest, quod hæc exceptio non venit in judicium stricti juris nisi contestata, quod est proprium veræ exceptionis. *L. præscriptionem, L. si quidem, C. de exc.* In bonæ fidei autem contractibus exceptiones judicio insunt. [8] *L. 3. D. de rescin. vend.* Quod hanc significationem habet, ut quanvis debitor initio litis contestatæ simpliciter negarit se debere, tamen quandoque postea ante sententiam eam defensionem possit objicere: scilicet quia verba judicii id efficiunt, quibus jubetur judex judicare ex bona fide, id est, ex æquo et bono: non est autem æquum et bo-

8) *L. 84. §. 5. de Leg. 1. L. 36. de pecul.* Briss. *Lib. 2. de Sol. Cap. de Obsign. p.* 408.

bonum condemnari eum, qui eam exceptionem habuit. Utcumque est, utramcunque ex his liberationem esse placet, semper hæc erit conditio, si res oblata perierit, et perierit sine dolo malo debitoris: quorum alterum si deest, hoc tenebimus, nunquam oblatione sola debitorem liberari, præterquam in duabus illis caussis, quas supra diximus.

XVII. Sed meminerimus hoc dictum esse in pecunia aut re alia quanvis debita. Alia caussa est si qua pecunia præstanda sit ex conditione: ubi ea pecunia non debetur, quæ nec exigi potest; sed tantum præstanda est cum adjectione, *si quis conditioni parere velit*. Quibuscunque in caussis ita pecunia ex conditione præstanda erit, recte in universum definiemus, pecunia conditionis implendæ caussa oblata ei, cujus interest conditionem non impleri, si per eum stat, quominus accipiat, continuo tanquam pecunia vere præstita, conditionem pro impleta haberi. Non dixi tanquam pecunia [9] soluta, quia non debebatur; sed tanquam præstita, ut et eam conditionis implendæ caussa præstare oportet. Sic de omni conditione regula juris est, quoties per eum cujus interest conditionem non impleri; fit, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. *L. in jure, D. de reg. jur. L. jure, D. de cond. et dem.* Quod et ipsum in proposito ita se habere, ex caussis hujus generis intelligetur. Duobus modis fit, ut pecunia præstanda sit ex conditione. Uno, si quid cui tribuatur sub conditione, si alii pecuniam dederit: veluti, cum fundus legatur Titio, libertas servo datur sub conditione, si decem heredi dederint: cum ex edicto pignoraticia actio datur debitori, si pecuniam solverit. *L. si rem, §. ult. D. de pigner. actio.* Altero modo, si debitor futurus promittat pœnam, aut usuras, si illud aut illud non dederit. Pœnam, ut cum litigatores ex compromisso pœnam spondent, si arbitri sententiæ non paruerint. Usuras, veluti si debitor minores usuras promiserit, puta quincunces; et nisi eas sua die solverit, promittat besses. In utroque hoc genere constanter hoc veteribus placere reperiemus, pecunia in his conditionis implendæ caussa oblata oblationem pro justa præstatione esse, dum ea re conditio tanquam pecunia præstita pro impleta habetur juxta regulam supra scriptam. Unde eveniat, ut ex priore genere offerenti tribuatur actio: ex posteriore offerenti vitetur periculum futuræ obligationis. Propone fundum legatum Titio sub conditione, si decem heredi daret. Dicemus, simul atque Titius obtulerit decem heredi, si is accipere recuset, legatum deberi. Hoc quidem confirmavit Justinianus in libertate quæ servo relicta est sub eadem ista conditione: in qua specie constituit, ut pecunia a servo oblata conditionis implendæ caussa, continuo libertas contingat. Hoc in *L. ult. C. de cond. inst.* Sed sciamus hoc idem et in legatis, aliisque caussis omnibus valere ex regula superiore de conditione implenda; quam placet non ad libertates tantum, sed et ad legata et ad heredum institutiones, atque adeo ad stipulationes et contractus alios pertinere. *d. L. in jure, D. de reg. jur.* Inde dictum et pigneraticiam actionem, quæ datur debitori hac conditione, si pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum, *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* tamen etiam tunc competere, cum per creditorem stabit, quominus ei solvatur, quod fit, cum [10] oblatam sine justa caussa recusat accipere *L. aliena, § ult. D. de pign. actio.* Cui congruit, quod placet et tunc denegari pignoris persecutionem creditori. In *L. acceptam, C. de usur.* Non enim denegatur, nisi soluto pignore; nec solvitur nisi eadem illa conditione, si pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum. *L. item, D. quib. mod. pign. vel hyp. solu.*

XVIII. Sane quia moram postea ante litem contestatam purgare licet, debitori quidem postea offerendo, creditori autem postea petendo, *L. si servum, §. sequitur, L. si insulam, D. de verb. obl. L. illud D. de peric. et com. rei vend.* ideo in hoc genere evenit, ut quanvis is cum quo actio esse potuit conditione impleta, semel extra judicium pecuniam accipere recusarit, cœperitque eo modo adversus eum competere actio aut de legato, aut de pignore; tamen re in ju-

9) Sic Ant. Fab. 22. *Err. Prag.* 5. interesse an solutio, id est numeratio seu præstatio sit in conditione, an in dispositione. Illic oblatio sola facit ut conditio ob moram creditoris (ita vocat Faber, abusive) habeatur pro impleta in forma specifica. Hic nunquam sufficit ad liberationem. Sed et illic non ea potestas oblationis immediate, sed mora potius non accipientis. Nihil commune juri impletæ conditionis cum jure quæsitæ liberationis. Et ad impletionem conditionis nudam, absque depositione; oblationem sufficere probat, ex *L.* 3. §. 12. *de statul. ult. C. de cond. insert.* P. Ant. Anguisola *L.* 2. *Cons.* 23. *n.* 14.

10) Ita et Ant. Fab. *d. Err.* 5. *initio* oblatione induci pigneratitiam actionem, nec hac parte minorem ejus effectum esse quam obsignationis. Verum cum et ut nascatur pigneratitia, requiri obsignationem et depositionem videam *L.* 10. *L. ult. C. de pig. act.* tutius puto dici, quod oblatio facta antequam pigneratitia actio intentetur non faciat ut locus sit ejus exercendæ. Quod si jam actio instituta sit, eam oblatio confirmet. Quod et subobscure sentire videtur Briss. *Lib.* 2. *de Sol. Cap. de Obsignat. p.* 409. *in fin.* Sane DD. per *d. L.* 9. §. *ult.* excipiunt oblationem factam in judicio, quam, nudam licet, liberare censent Menoch. *Arb. Cap.* 232. *n.* 4. Arumæ. *de Mora Cap.* 7. *n.* 7. Sicque in Camera judicatum Rutger. Rulant. QQ. *juxta modum in Camera et C.* 68. *et ultim.*

judicium vocata audiendus sit, si tempore litis contestatæ paratum se dicat, id quod petitur, præstare, dum prius actor conditioni satisfaciat, nec aliter in eum actio dari debeat. Quæ res facit, ut nihil prosit actori prius pecuniam obtulisse ad actionem consequendam, nisi et is in judicio iterum pecuniam offerat. Idque est, quod de pigneratitia actione traditur in *L. si rem*, §. *ult. D. de pign. act.* debitorem, qui pigneraticia agit, debere *rem pigneratam, et quod sua interest consequi, si pecuniam in judicio offerat.* Cur additum in *judicio* cum etsi quandoque antea stetit per creditorem, quominus ei solvatur, recte agatur pigneraticia? ut est in *d. L. aliena*, §. *si per creditorem, de pign. act.* Quia tum nascitur quidem pigneraticia actio, sed non immutabiliter. Potest enim creditor, ut dixi, agente debitore pignus offerre, dum sibi pecunia solvatur. Quo facto purgat moram, et actionem debitori natam illi detrahit, nisi paratus sit pecuniam solvere, aut ei offerre: quod jam non fiet, nisi in judicio. Quo exemplo idem et in cæteris actionibus admittendum est, quæ oblata a creditore futuro pecunia cœperunt illi competere.

XIX. Eadem multo certius admissa sunt in posteriore genere, cum pœna aut usuræ promissæ sunt, si qua pecunia data non esset. Hoc enim valeat, si ea pecunia data sit ne debeatur pœna, aut usuræ. *L. quibus*, §. 2. *D. de cond. et demonst.* Quando ergo videtur impleta hæc conditio si pecunia illi data sit? Convenit regulæ superiori, ut videatur impleta, non solum tunc cum pecunia recte data est accipienti creditori; sed et cum est oblata, quam ille accipere recusavit. Quod si recipitur, necesse erit dici oblatione hac sola interveniente tanquam conditione impleta debitorem hoc consequi, ne pœnam sub contraria promissam et usuras majores debeat. Quod et placuit, ut intelligatur hic præcipue pro reo regulam superiorem observari. De pœna traditum in *L. Cels. D. de recep.* de usuris in *L. si per te*, *C. de usur.* Unde cum ante diximus oblatione ista non inhiberi cursum usurarum, *L. acceptam*, *C. eod.* apparet, quomodo inter hæc conveniat. Oblatio scilicet sola obligationem usurarum ante contractam non tollit: futuræ obstare potest, ne [11] contrahatur, si oblatione interposita deficit conditio, sub qua usuræ promittebantur. Sic fit in summa, ut cum de pecunia ex conditione præstanda agitur, quæ pecunia debita non fuit, toties in hoc genere oblatio ejus pecuniæ pro justa præstatione habeatur, quoties oblatio recusante eo cujus interest conditionem non impleri, satis sit ex regula juris, ut videatur conditio impleta. Ex quo vis illa hujus oblationis in hoc genere pecuniæ ex conditione præstandæ, ut alias tribuat actionem offerenti, alias liberet eum periculo futuræ obligationis: quia et hæc in hujusmodi conditione varietas est, ut alias quid tribuatur sub ea condicione, alias denegetur. Sed hæc, inquam, ita sunt, cum de pecunia ex conditione præstanda agitur. In pecunia ante debita, de cujus liberatione nunc quærimus, stat certi juris sententia, debitorem oblata creditori pecunia, quam ille accipere recuset, liberari posse: sed non prius, quam res recte oblata perierit, idque sine dolo malo debitoris.

11) Ita et Menoch. *d. Cap.* 232. cursum usurarum impediri, quando nondum cœperunt currere; non autem sisti quando cœperunt.

CAP. XIV.

De obsignatione pecuniæ debitæ ad liberationem comparatæ.

Obsignatio pecuniæ solemniter facta plene liberat debitorem. Obsignare quid sit. I. II.

Ut talis sit pecunia, et tota quidem oblata prius, inde obsignata, et deposita tuto in loco esse debet. III.

Tutus locus jure romano quis; et qui nostris moribus. IV.

Quorsum pertinet obsignatio solemnis. V.

Hanc sequitur jure ipso liberatio; quæ hujus effecta. VI.

Contrariis occurritur. VII. VIII. IX.

Si debitor post obsignationem pecuniam depositam ad se receperit, incipit actione veteri teneri rursus, sed utili. X.

Debitor manet obsignatæ pecuniæ dominus, habet actionem in rem; et ex deposita pecunia depositi actionem. XI.

Utramque vicissim obtinet creditor, sed utilem. XII.

Qua ex caussa creditori nascatur actio in rem utilis. XIII.

Item utilis actio depositi. XIV.

In rebus immobilibus est pro obsignatione, et depositione custodia curatoris a judice constituti. XV.

Est item in animalibus, si qua nota obsignari queant; secus nulla horum oblatio, et depositum. XVI.

Debitori non licet oblatam rem, si recusetur, habere pro derelicta sine suo periculo. XVII.

Præterquam si vinum doliare vendiderit; et hoc quatenus. XVIII.

I. Cum non aliam vim habeat sola oblatio pecuniæ, quam creditor etiam sine caussa accipere recusarit; quid fiet, si velit debitor statim omni molestia custodiæ, et metu difficilioris solutionis futuræ liberari? An ita impune erit, quod ita sine caussa accipere recusat creditor, et nulla hic alia ratio est debitoris liberandi? Immo hic remedium constitutum est debitori, quo adhibito plenam liberationem consequatur invito creditore, ubi pecuniam obtulerit. Id remedium est in summa, si oblatam pecuniam solemniter obsignet. Placet ea obsignatione debitorem liberari. Traditum in *L. obsignatione, C. de sol.* his verbis, *obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere manifestum est.*

II. Obsignare pecuniam est immittere in sacculum, aut peram, aut cistam, et clausis his signa [1] imponere, ut aperiri non possint nisi [2] amotis signis, quibus amotis facile resignatio deprehendatur: sic propemodum describitur obsignatio in *L.* 1. §. *si pecunia, D. dep.* et *L. ult. D. de leg. com.* Hæc non est satis: hoc amplius lex obsignationem solemniter factam exigit.

III. Et solemniter facta intelligitur, quæ habet hæc tria: præcedentem oblationem pecuniæ debitæ: præsentem ejus oblatæ obsignationem; tum obsignatæ depositionem tuto in loco. In primis præcedere debet justa debiti oblatio. *L. si creditrici, L. acceptam, C. de usur. L. debitor, D. eod.* Ea qualis esse debeat, et quid contineat, ex superiore capite sumendum est, ubi initio descripsimus. Oblatam recte pecuniam quanta oblata est, tantam obsignari convenit: idest totam quanta debetur. Ut partis oblatio nihil prodest debitori, quominus creditor recte recuset: sic nec partis recte recusatæ obsignatio ulla ex par-

1) Lino trajecto, signisque ceræ impressis, Arumæ. *de Mora C.* 7. *n.* 7. post Briss. *in Lex* Consignanda autem signis non publicis, ut quidam somniant, ait Briss. *Lib.* 2. *de Solut. Cap. de Obsignat. p.* 411. sed privatis Cic. 7. *Verrina*; *Ipse in tabellas refert, obsignat sigillis amicorum.* Ad quem usum annulos circumferebant, non ornatus, sed signandi caussa paratos, Macrob. 7. *Sat.* 13. Briss. *Lib. de Adult. Cap.* 4. Mercer. 1. *Opin.* 8. Ræv. 5. *Var.* 16. Fr. Robortell. 2. *Emend.* 17. vid. et Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 7. *Gl.* 3. Idem esse si obserata deponatur, vult Cujac. 8. *ad Afric. in L.* 39. *hoc tit.* ac etsi claves deponens retinuit idem esse scribit contra eos qui clavibus non traditis sentiunt retineri possessionem. Nam nec possessionem hic transferri necesse est. Et alias nec obsignata pro soluta haberetur ante, quam remotis signis, aut facultate eorum removendorum creditori data.

2) Ad cautionem tum debitoris, ut amoto signo deprehendatur furtum, tum creditoris ut sciat obsignatam summam congruere oblatæ, Don. *ad L.* 19. *C. de Usur. n.* 18.

parte debitorem liberat: totam, ut dixi, pecuniam debitam hic ut offerri, ita et obsignari oportet. *d. L. obsignatione, C. de solut. d. L. acceptam, C. de usur. L. tutor*, §. 1. *D. de usur.* Obsignationem sequi debet pecuniæ obsignatæ depositio; ut fiat id quod tamen multis locis ad hujus partis liberationem exigitur, debitor oblatam pecuniam obsignet, simul et deponat. Loci ex innumeris pauci hi sunt. *L. acceptam, C. de usur. L.* 1. §. *ult. L. debito, D. de usur. L. tuto pro pupillo*, §. *ult. D. de adm. tut. L. nec creditore, L. ultim. C. de pig. act. L. si prius, C. de dist. pig. L. ultim. C. deb. vend. pig. imp. non pos.* Quo loco notandum est, cum obsignatio solemnis nominatur, utrumque hoc verbo contineri, obsignationem et depositionem, ut fit in *d. L. obsignatione, C. de sol. L. tutor*, §. 1. *D. de usur.* cum autem appellatur simpliciter obsignatio, utrumque speciei nomen obtinere, et recte alterum ab altero distingui. Nonnunquam tamen legimus utrumque ita usurpari, ut per se positum alterum contineat, dicaturque obsignatio, quæ depositionem adjunctam habet, et depositio quæ habet præcedentem obsignationem: ut in *L. tutor*, §. 1. *D. de usur.* depositio pecuniæ non quævis sufficit. Exigitur, ut pecunia deponatur tuto in loco, ut est in *L. tutor pro pupillo*, §. *ult. D. de adm. tut.*

IV. Tutus locus sic explicatur in *L. acceptam, C. de usur.* ut sit is, qui est publicus: ac publicus hoc casu intelligi debeat, vel ædes sacræ, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit. Ædes sacræ hic appellantur ex institutis Romanorum, apud quos in ædibus sacris esse solebant loca munita quædam, in quibus pecuniæ, partim publicæ, partim privatæ custodiæ caussa [3] asservabantur, quarum cura ut totius templi mandata erat æditiuis. Hoc usu sublato nostris moribus, videbit quisque in sua regione, quid hic usurpetur, ac quod moris fuerit, id recte servabitur. *arg. in L.* 1. in pr. *D. de usur. L. generaliter*, §. *ult. C. de reb. cred. et jur.* Tutissima et in commune recepta depositio est, si adeatur magistratus, et constituente illo [4] deponatur pecunia apud eum, quem constituerit. *d. L. acceptam.*

Atque hæc descriptio est solemnis obsignationis, quam ad justam liberationem in pecunia oblata lex exigit.

V. Quo loco jam opportune quæretur, quid hic attinuerit præter oblationem exigere obsignationem istam, et depositionem pecuniæ ad debitoris liberationem. Quid enim amplius hæc præstant creditori, quam oblatio, cum pariter creditor neutram pecuniam recipiat, neque oblatam, neque obsignatam? Dicendum est non hic spectare nos, quid creditor accipiat, aut recuset; sed quid facere debeat debitor, quod proxime accedat ad solutionem, ut sic tanquam solutione liberetur, et tamen id fiat sine incommodo creditoris, si modo seipsum non negligat. Id vero solemni ista obsignatione consequimur. Ac primum solutio id exigit, ut pecunia soluta non maneat penes debitorem, sed ab illo discedens transeat ad creditorem. Consentaneum igitur fuit, ut si oblationem pecuniæ pro solutione haberi volumus, detur opera, ne debitor pecuniam oblatam apud se retineat, sed a se dimittat perventuram ad creditorem, si ille voluerit postea ab se recipere. Hoc autem præstat debitori pecuniæ oblatæ depositio. Hoc enim fit, ut debitor pecuniam apud se habere desinat: pecunia autem recte deposita, sit apud eum, unde recipere possit creditor depositam, si velit. Hinc ergo primum exacta præter oblationem depositio, ut imitaretur hæc res propius solutionem. Sed quoniam æquum est hac depositione pecuniæ ita liberari debitorem, ut quam maxime fieri potest, in eo consulatur creditori, ne eo facto pecunia illi pereat; ideo quæsita est amplius obsignatio præcedens, et depositio hujusmodi qua res deponeretur tuto in loco. Hæc enim duo depositionem creditori tutam præstant, quibus fit, ut si velit, possit certo pecunia ad eum pervenire: quod et ipsum proprium est solutionis. Obsignatio facit, ne de summa deposita quidquam possit subtrahi, nisi amotis signis, atque ita deprehenso furto: quod si contigerit, parata est creditori actio de summa deposita adversus depositarium, in qua ille aliam probationem non desiderabit, quam obsignationem tantæ summæ, quanta debebatur. Quod si veniet creditor repetitum pecuniam signis adhuc integris,

3) *L.* 4. *pr. de statulib. L.* 73. *de Proc. L.* 1. §. sin. a. *Cod. de com. serv. man. L.* 5. *D.* ad *d. L. Jul. pecul.* Cic. 5. *ad Att. Ep. ultim.* in Cimeliarchio sanctæ Ecclesiæ *L. ult.* §. 1. *Cod. de bo. auct. jud. poss.* et ex aliis auctoribus probant Jo. Brodæ. 4. *Misc.* 17. Marcell. Donat. *Dilucid. in Sueton. in Domitiano. Cap.* 7. Hinc Herodian. *Lib.* 1. consumpto per incendium Romæ templo Pacis, magnam factam pecuniarum, quæ ibi depositæ, jacturam.

4) Apud tabellionem enim fieri non debere, Cujac. *Cons.* 57. Ræv. 1. *Var.* 15. duplum esse rerum fide publica deponendarum rationem (1) in loco publico apud mensam nummulariorum. *L.* 24. §. 2. *de reb. auct. jud.* (2) in sacro apud sacerdotem ædis alicujus vel fani. Sed immo apud nummularium, non tam solvendæ, quam probandæ pecuniæ caussa fit depositio, quæ non ita liberat *L.* 39. *hoc tit.* ubi Cujac. 8. *ad Afric.*

hoc illi præstabit obsignatio, ut si resignato sacculo non reperiatur ita pecunia debita, sciri possit, totam a debitore obsignatam non fuisse, eoque nec debitorem ea obsignatione liberatum; postquam totius pecuniæ debitæ obsignationem exigimus: qua ex re maxime tutus redditur creditor adversus eam omnem oblationem et obsignationem. Si tota summa reperietur congruere, quantam se debitor obsignare dixit, tum creditori abunde satisfactum est, incipitque esse vera solutio; et simul parcitur pudori debitoris, quem apparet bona fide rem gessisse tanta summa vere obsignata et deposita, quantam dixit et debuit. Quæ cum non sint in sola oblatione, merito ad liberationem debitoris distinguitur sola oblatio quantunvis justa, ab eo quæ obsignationem pecuniæ et depositionem adjunctam habuit.

VI. Hujus obsignationis ad liberationem de qua quærimus, vis hæc est, ut pecunia obsignata et deposita statim liberatio debitori contingat, ut verba sunt *d. L. obsignatione, C. de sol.* Quibus verbis intelligere debemus liberari debitorem *ipso jure*, ut est usus juris auctorum in verbo *liberationis.* Nam cum liberatur quis tantum per exceptionem, non solet dici simpliciter liberari, sed liberari jure prætorio, aut liberari per exceptionem, aut utroque modo conjunctim, ut in *L.* 5. *C. de pact. L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Hinc illa consequentia, quæ omnium liberationum communia sunt, comprehensa in *L. acceptam*, *C. de usur.* ut debitor exinde periculo liberetur; ut inhibeatur usurarum cursus; ut jus pignorum tollatur. Liberatur periculo, id est si res deposita pereat postea, quocunque casu id accidat, debitor non tenetur, sed creditoris detrimentum est. Id enim necesse est evenire in ea re, cujus nomine ante interitum quis non tenebatur. Desinunt usuræ et pignora, quia in omnibus speciebus liberationum ita jus est, ut etiam accessiones liberentur, ut est in *L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* In quibus sunt usuræ, *L. eos*, in pr. *C. de usur.* Item et pignora, *d. L. in omnibus. L. res hypothecæ. D. de pig.*

VII. Sed huic liberationi tria obstant animadversione digna, quæ si recte explicantur, hujus liberationis rectam cognitionem confirmabunt. Primum statuimus obsignatione debitæ pecuniæ debitorem *ipso jure* liberari. Illud *ipso jure*, negare videtur Africanus in *L. cum quis*, §. 1. *D. de sol.* Ait enim, cum pecunia quæ datur solutionis caussa manet debitoris, liberationem ipso jure contingere non posse. At hoc accidit in pecunia obsignata quanvis deposita, ut nihilominus maneat debitoris; quoniam depositum proprietatem deponentis non mutat, ut paulo pluribus dicetur, postea, cum quæretur de jure debitoris et creditoris in pecunia deposita. Quo efficitur nec in ea liberationem contingere ipso jure. Sed de pecunia quæ solutionis caussa datur ex voluntate creditoris, loquitur Africanus: proponitur enim apud eum debitor jussus esse solvere Titio, cui deinde debitor mandato revocato ignorans solverat. In eo quod ex voluntate creditoris solvitur, si nummi maneant debitoris, ita ut nec creditoris fiant, nec ad eum possint ab extraneo pervenire, recte dicitur liberationem ipso jure non contingere. Nam in solutione quam creditor admittat, id agitur, ut pecunia fiat creditoris. Unde nec aliter soluta intelligitur, quam si fiat accipientis quo modo ille voluit. *L. si rem*, *L. qui sic*, *D. de solut.* Merito; ne in re quæ voluntate creditoris geritur, quidquam admittatur contra ejus voluntatem. Quod de vera solutione hic dicitur, id ad alias liberationes non pertinet; in quibus aut non id agitur, ut pecunia numeretur, aut numeratur non volente, sed invito creditore. Novatio et acceptilatio liberationem habent, et eam quæ jure ipso contingat. Neque tamen in his ullius pecuniæ dominium a debitore recedens ad creditorem transit: scilicet quia non id agitur. De obsignatione multo magis licet idem dicere. In hac non modo non id agitur, ut pecunia sit creditoris; sed et numeratio, et quidquid hic fit liberationis caussa, peragitur aperte invito creditore, qui pecuniam oblatam accipere recusat, nec patitur consensu suo aliter debitorem liberari; quod tamen contra fit in novatione et acceptilatione. Inepte igitur, ne dicam absurde, requiramus in hac specie ad liberationem, ut nummi fiant creditoris, in qua constat illum accipere nolle: placetque nihilominus adversus recusantem et invitum procedere liberationem.

VIII. Obstat secundo loco *L. acceptam. C. de usur.* Sic enim illic in *extremo* scriptum est, ad exactionem pecuniæ obsignatæ et depositæ utilem actionem competere creditori adversus depositarium, non adversus debitorem, nisi forte is eas receperit. Cujus exceptionis hanc significationem esse apparet, ut si debitor pecuniam depositam ad se receperit, teneatur ejus nomine creditori. Non ergo liberatus est obsignatione debitor, qui adhuc tenetur actione. Non enim liberatus est, qui adhuc debet: debet autem, a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb.*

si-

signif. Et fatendum est ita esse, ex quo debitor pecuniam ad se recepit, intelligendumque illa lege suppeditari superioris liberationis explicationem in hanc sententiam, ut obsignatione liberetur quidem debitor ipso jure et statim, sed tandiu, quandiu pecuniam obsignatam non recipiet: quod si receperit, incipiat rursum teneri creditori, vereque dici possit eum hactenus non esse liberatum. Sed ex hac sententia incidit res in majorem difficultatem. Est enim sententia juris certi actionem et obligationem semel extinctam amplius revocari non posse. *L. Mævius*, §. *duorum*, *D. de leg.* 2. *L. qui res*, §. *aream*, *D. de solut.* Qua sententia posita, necesse esse videtur alterutrum fateri, aut falsum esse, liberatum semel obsignatione debitorem amplius ex eadem caussa teneri posse, quia isto modo revocaretur adversus eum ante extincta actio: aut si post receptam pecuniam tenetur, ne prius quidem fuisse liberatum, eoque nec omnino ne a principio quidem liberatum fuisse. Prius dicere non licet. Apertius enim significatur in *d. L. acceptam.* debitorem pecunia recepta teneri creditori, quam ut id infirmare liceat. Relinquitur igitur posterius, ut fateamur debitorem pecunia recepta ne ante quidem fuisse obsignatione liberatum. An dicemus debitorem obsignatione liberari in totum, si nunquam pecuniam ad se recipiat: sed si recipiat, retroversus videri nunquam liberationem contigisse? Nam hoc fit in legato, cujus dominium et alias dicitur simpliciter ad legatarium transire *L. a Titio*, *D. de furt.* Scimus tamen alibi hanc conditionem adjici, si legatarius agnoverit: quod si repudiaverit, placet retro nec videri unquam legatum ejus fuisse. *L. servum*, 44. §. 1. *L. si tibi*, 86. §. *cum servus. D. de leg.* 1. Sed hoc in proposito dici non potest: alioqui probandum esset, si debitor ante sub usuris debuit, pecunia ad se recepta retroversus et sine ulla interpellatione creditoris eum jam inde ab initio usuras debiturum, uti fieret si nunquam esset liberatus: quod Papinianus negat in *L. debitor*, *D. de usur.* An dicemus potius debitorem et ante pecuniam receptam fuisse liberatum ipso jure omni obligatione, et post receptam incipere rursum teneri, neque tamen revocari veterem actionem seu obligationem semel extinctam: quia debitor prius liberatus sit vetere actione in totum; post autem teneri incipiat non vetere actione sive directa, sive utili; sed [5] nova, quæ contractu fit ex ipsa pecuniæ receptione? Sed ne hoc quidem licet dicere. Nova enim potest esse actio depositi creditori post obsignationem, ut postea dicetur: sed hæc adversus depositarium est: adversus debitorem competere non potest, apud quem pecunia non est deposita; et si esset, tamen rei quæ ipsius esset, depositum non consisteret. *L. qui rem*, *D. depo. L. neque pignus*, *D. de reg. jur.* Alia autem nova nulla nasci potest ob receptam a debitore pecuniam, ubi creditor nihil fecit, aut contulit in debitorem ea lege, ut pecunia maneret in deposito: et si fecisset, tamen dati repetitio esset, non nova actio de pecunia deposita. Adde, quod ex ea actione, quæ stricti juris esset, non deberentur usuræ ex mora. *L.* 1. *C. de cond. ind.* quod tamen Papinianus in proposito negat in *d. L. debitor, D. de usur.* Quid ergo est? Restat nimirum, ut dicamus, quod et recte dicturi sumus, obsignatione pecuniæ debitorem ipso jure et statim sine exceptione liberari per id tempus omne, quo pecuniam, ad se non recipit: nec si receperit postea, ideo prioris temporis conditionem immutari; alioqui nec pro eo tempore recte diceretur liberatus. Sed nihilominus recte dici, cum pecuniam ad se receperit, incipere teneri vetere actione; non illa quidem directa, sed tamen utili: nam et hæc utilis nominatur in *d. L. acceptam.* in fin. Non obstare, quod dicitur actionem seu obligationem semel exstinctam amplius restitui non posse. Hoc enim de directa actione dictum accipiendum esse. Nam quominus restituatur utilis, nihil prohibere, si quando id æquitas postulare videbitur. Quod in proposito summa ratione accidit. Cur enim placet debitorem obsignatione pecuniæ liberari? Quia pecuniam obsignatam deposuit. Tolle hanc caussam: beneficium liberationis sustuleris. *L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de reg. jur. L. quod dictum*, *D. de pact.* At desinit pecunia esse deposita, cum debitor depositum ad se recipit: et quo magis id debitori noceat, desinit ejus ipsius facto cum creditoris injuria. Æquissimum est igitur id factum ei nocere, ne beneficii caussa sublata, quam ipse sibi ademit, beneficio juris potiatur: idque maxime est ex sententia legis liberationem ex superiore caussa tribuentis. Sed quoniam jus summum non patitur, ut quæ actio se-

5) Sicut Donell. noster ipse resp. *ad d. L.* 19. n. 27. teneri incipere novis actionibus, in rem quæ creditori competit vel depositi utili. Sed rectius hic.

semel amissa est, amplius revocetur, fit, ut non restituatur directa, quod jus prohibet; sed restituatur utilis admittente hanc et velut exigente sententia et utilitate legis.

IX. Omnium maxime adversatur superiori liberationi. *L. debitor, D. de usur.* Proponitur apud Papinianum debitor usurarius, idest qui sub usuris pecuniam deberet, creditori pecuniam debitam obtulisse, et cum eam creditor accipere noluisset, obsignasse et deposuisse. De effectu hujus obsignationis respondet Papinianus, quod pertineat ad liberationem de qua quærimus. *Ex eo die*, inquit, *ratio non habebitur usurarum: quod si postea conventus, ut solveret, moram fecerit; nummi steriles ex eo tempore non erunt.* His verbis, ut videtur, de usuris liberatum esse debitorem dicit: de sorte negat. Significat enim debitorem post obsignatam a se pecuniam et depositam interpellari posse a creditore, ut solvat quod debuit, et nisi solvat, moram facere posse: hoc amplius usuras ex mora debitum iri. Utrumque certissimo argumento debitorem in sorte non esse liberatum: sed actionem etiam nunc adversus eum creditori competere: quoniam nec mora debitoris ibi potest intelligi, ubi nulla creditori petitio seu actio est. *L. nulla, D. de reg. jur.* nec usuræ sine principali obligatione sortis deberi possunt. *L. eos*, in pr. *C. de usur.* Sed et hoc fatemur esse verissimum; neque tamen minus verum est debitorem obsignatione pecuniæ jam a principio in totum fuisse liberatum. Sic enim intelligendum est debitorem interpellatum post obsignationem moram facere, et ex mora debere usuras, si tunc interpelletur, cum pecuniam obsignatam et depositam ad se receperit: quo tempore eum incipere creditori teneri diximus. *d. L. acceptam, C. de usur.* Ante quia non tenetur, ne tunc quidem si interpelletur a creditore, moram metuet: quoniam in mora non est, a quo pecunia peti non potest. *d. L. nulla, D. de reg. jur. L. lecta*, § *pen. D. si cert. pet.* Hanc interpretationem non modo non repudiant superiora verba Papiniani; ex *L. debitor.* sed etiam ex conceptione verborum admissis in consilium aliis locis admittunt, ac tantum non flagitant. Observandum est enim diligenter Papinianum non dicere, si debitor post obsignationem interpellatus sit, eum moram facere, sed dicere, si interpellatus moram fecerit, eum debiturum ex eo tempore usuras. Est ergo hæc conditio, si interpellatus debitor moram fecerit. Certum est conditionem nihil adfirmare; sed tantum id quod in conditione est, in suspenso ponere. *L. si quis sub conditione, D. si quis omis. cau. test.* Non ergo hac conditione significat Papinianus interpellatum debitorem moram facere, sed moram facere posse. Unde huc res redit, ut quærendum sit, quando post obsignationem pecuniæ interpellatus debitor moram faciat. In quo ex principiis juris notis responderi necesse est, tunc eum moram facere, cum creditori interpellanti petitio sortis esse cœperit: postquam mora ante a debitore fieri non potest. *d. L. nulla, de reg. jur. d. L. lecta*, vers. pen. *si cer. pet.* Atque hoc posito rursum ordine quæremus, quando post obsignationem pecuniæ incipiat creditori esse actio adversus debitorem. Hic vero utemur sententia et exceptione *L. acceptam*, ad quam nos quæstio proposita recte ordine tanquam manu deducit: et respondebimus; non prius eum teneri, eoque nec prius interpellatum moram facere, quam pecuniam a se prius depositam ad se receperit. Itaque et de eo debitore loqui Papinianum recte intelligemus. Quod cum senserit Accursius ad *d. L. acceptam*, quam recte id fecerit, apparet.

X. Ex his ergo locis in speciem contrariis, atque his responsis in unum collatis, utilis explicatio sumitur propositæ liberationis, et utile in primis temperamentum: cujus vis et summa hæc est. Obsignatione debitæ pecuniæ, quandiu debitor depositam non recipiet, tamdiu ipso jure liberatur omnimodo: ut nec ejus temporis unquam debiturus sit usuras nec si per id tempus interpelletur a creditore postea, ut solvat, cogatur ullo modo creditori solvere, aut in eo ullam moram metuat, a quo peti nihil potest. *d. L. acceptam*, in fin. *C. de usur.* Quod si pecuniam depositam ad se receperit; incipit rursum creditori teneri eadem actione qua prius, non tamen directa, quam jus restitui non sinit; sed utili, cui caussam dederit factum debitoris: quippe qui rem depositam revocando, fecit, ut cessaret caussa prioris liberationis *d. L. acceptam.* Ex eo tempore interpellatum a creditore si non solvit, recte et convenienter regulis juris dicemus eum moram facere. *L. illud, D. de per. et com. rei vend.* Item et ex eo tempore pristinum obligationis statum restitui, ut non jam inde sors solum, sed etiam usuræ, quæ prius, et nunc incipiant deberi sententia *d. L. debitor. D. de usur.*

XI. Hoc jure posito, obsignatione pecuniæ debitæ debitorem liberari, quamdiu pecuniam depositam ad se non receperit, quæri cœpit de pecunia, quo jure esse incipiat: id

id est abeatne ea a debitore qui hanc a se removit, et eo facto liberatus est; an vero quia non transtulit, ejus maneat, et eodem jure, ut si non esset ab eo obsignata et sive hujus manet, sive non manet, pereatne ea creditori, qui hanc non admisit: an vero quia illius caussa obsignatur et deponitur, aliquo modo ei consulatur in ea re: et quæ sint in eo utrique ejus pecuniæ persequendæ caussa actiones. Quæ pars attingitur subobscure in *d. L. acceptam.* In extremo. *C. de usur.* nec minus quam superior explicationem desiderat. De qua sic habendum est. Et si de debitore primum quæritur; pecunia obsignata manet ejus, ut ante fuit; et quia eamdem deponit, necesse est et eum in ea pecunia eodem loco, quo cæteri qui quid deponunt, haberi. Ex quo illi ejus pecuniæ recipiendæ caussa duæ actiones; in rem ut domino adversus quosvis ejus pecuniæ possessores: et in personam depositi adversus depositarium. Ac debitorem manere dominum pecuniæ obsignatæ hinc intelligimus, quod necesse est id ita fieri, si dominium obsignatione ab eo non recessit. Juris autem certi ratio ostendit non recessisse. Primum nemo facto suo invitus dominium rei suæ amittit; nemo, nisi qui voluit amittere. *L. si procurator meus, D. de adq. rer dom.* Non vult autem amittere, qui pecuniam pro derelicto non habet, sed ideo obsignat; ut servet, quam eamdem et deponit, ut obsignatam in deposito habeat. Ut rei commodatæ proprietatem retinet qui commodat; rei pigneratæ proprietatem debitor: tantum ideo, quia hanc noluerunt a se dimissam transferre. *L. rei, D. com. L. cum et fortis, §. ult. D. de pig. act.* Sic multo magis proprietatem rei depositæ is qui deponit, qui multo minus quam superiores transferre voluit. Tum autem ut maxime qui obsignat pecuniam et deponit, nollet amplius esse pecuniæ dominus; tamen sic jus est, ut possessio quidem recedat, ut quisque constituit nolle possidere: dominium autem nihilominus ejus maneat, qui dominus esse non vult, nisi aut transferat, aut rem abjectam pro derelicta habuerit. *L. si quis vi, §. 1. D. de acq. poss.* Manet ergo debitor pecuniæ obsignatæ dominus, qui obsignatione dominus esse non desiit. Scimus autem domino in rem actionem competere. *L. in rem, D. de rei vind.* De deposito hic non dubitatur, postquam pecuniam hic obsignatam et depositam fingimus. Est autem depositi actio ei qui rem deposuit, adversus eum qui accepit. *L. 1. D. depo. §. pen. Inst. quib. mo. re cont. obl.* Nihil detrahit in proposito huic obligationi, quod debitor pecuniam obsignatam deponit hoc animo, ut restituatur quandoque reposcenti creditori. Nam qui id agit, ut restituatur alteri, idem id agit aperte, ut quandiu illi recte restituta non erit, restituatur sibi. Unde et in hac ipsa conventione directam depositi actionem deponenti competere re nondum restituta, scriptum est in *L. pen. C. ad exhib.* Quæ cum sint duæ debitori actiones ad pecuniam obsignatam recipiendam, non mirum, si in *d. L. acceptam*, dicitur actio competere creditori adversus debitorem, si hic pecuniam depositam ad se receperit. Recte, si receperit: potest enim recipere, non tantum volente, et ultro restituente depositario aut ejus pecuniæ possessore; sed etiam eo invito, ut adversus quem sint eo nomine eæ actiones, quas dixi. Quibus ad liberationem accedentibus, apparet debitorem obsignatione et depositione pecuniæ tria consequi, in obligatione liberationem, in jure pecuniæ retentionem veteris actionis in rem, et novam depositi actionem, eamque in debitore obsignationis vim esse.

XII. Neque ideo tamen res creditori perierit. Sed et huic hoc modo consulitur. Nam si debitor jure suo usus pecuniam ad se receperit, incipit vetere actione utili teneri creditori, de qua ante diximus. Si patitur pecuniam in deposito esse, contingit quidem plena liberatio; sed creditori pecuniæ depositæ persequendæ caussa placet easdem illas esse actiones, quas modo debitori eo nomine dedimus; in rem scilicet adversus quosvis possessores, et depositi adversus depositarium: tantum hoc interesse, quod debitori superiores actiones sunt directæ, ut vero domino, et ei qui vere deposuerit: creditori utiles: quæ sententia est *d. L. acceptam*, in fin. *C. de usur.* In rem actio illic designatur, cum dicitur utilis actio ad exactionem pecuniarum depositarum competere creditori contra ipsas pecunias. Hæc enim est descriptio actionis in rem, ut dicatur rem sequi, non personam. *L. ult. C. si unus ex plur. her. deb.* atque adeo, quod proprius ad superiora verba accedit, ut dicantur hac actione res, non personæ conveniri. *L. Imperatores, D. de pub. et vect.* Conveniri autem res ipsas, et dari actionem adversus res ipsas, idem valent. Depositi actio, quam hic quoque dicimus creditori competere, significatur *ibidem* illis verbis, cum dicitur præter actionem utilem, quæ competit creditori contra pecunias ipsas, etiam competere huic ipsi utilem contra depositarium. Non est actio adver-

versus depositarium, tanquam depositarius, nisi quia depositum accepit: hæc autem est actio depositi. §. *pen. Inst. quib. mod. re contr. obl.*

XIII. Sed cum omnis actio suas caussas jure constitutas habeat, unde hæ actiones, aut quibus ex caussis? Volumus hic creditori esse actionem in rem pecuniæ persequendæ caussa. Atqui quæcumque actio in rem est tanquam de re sua, ea aut rei vindicatio est domino prodita, aut Publiciana prodita bonæ fidei possessori. *L.* 1. §. *namque Inst. de act.* Hic autem neque creditor dominus est, cui res tradita non est, *L. traditionibus*, *C. de pact.* nec bonæ fidei possessor, qui ne possessor quidem est, aut unquam fuit. Et certe Publicianam ei non competere fatendum est, qui nunquam possedit. Sed erit in rem actio civilis, quæ eadem dicitur vendicatio. Neque ea re impediemur, quod creditor pecunia sibi non tradita dominus non est. Vere enim et subtili jure non est dominus. Rem autem ex æquo æstimanti tantum videri potest intervenisse, quantum satis sit ad possessionem creditori acquirendam, et per possessionem dominium. Etenim deposita est pecunia apud depositarium, ut restitueretur creditori. Proinde deposita hoc animo, ut depositarius esset in ejus pecuniæ possessione nomine creditoris. Porro is possidet, non qui in possessione est, sed cujus nomine possidetur. §. *possidere*, *Inst. de interd. L. quod in eo*, pr. *D. de acq. poss.* Nondum tamen satis ad possessionem adquirendam creditori. Nunquam enim acquiritur possessio per extraneam personam, nisi volenti. *L. eo quæ de acq. re dom.* Proinde nec in hac specie possessio pecuniæ depositæ prius acquiri potest creditori, quam is re cognita constituerit velle eam pecuniam per depositarium possidere. Quod ubi fecit, non repugnante depositario, exinde illi acquiritur possessio secundum regulas juris, et per possessionem dominium. *L. traditio*, §. *ult. D. de acq. rer. dom.* §. *ex his*, *Inst. per quas pers.* Qua ratione et tum recte dixerimus actionem directam in rem incipere competere creditori, non utilem. Sed quoniam hic creditori res est adversus depositarium, qui quo tempore convenitur, sese adversarium creditori constituit, eoque non amplius possidet nomine creditoris, aut agitur adversus extraneum possessorem, qui sibi rem tenet, non alii, eo fit, ut subtilitate juris non possit dici possessio pecuniæ acquiri creditori qui quo tempore possidere vult, non habet eum, qui transferat. Unde evenit, ut nec per eam possessionem fiat dominus; et quia dominus non est, nec eo jure directam actionem in rem habeat. Sed æquum est depositarium qui semel rem accepit, ut creditoris nomine possideret, desiderante creditore perinde semper haberi, quasi eam possessionem retineret, ne creditor damno afficiatur, neve depositarius dolo suo illi noceat. Idemque adversus eum constitui æquum est, qui a depositario accepit. Unde rursum creditori tanquam domino in rem actio, sed utilis. Et hoc, nisi depositarius reposcenti debitori, eidemque domino pecuniam restituerit: quo casu et liberatur depositarius, et creditor veterem actionem licet utilem nanciscitur adversus debitorem, ut jam non sit ei alia actione opus.

XIV. De depositi actione eadem dubitatio est. Volumus in proposito utilem actionem depositi creditori dari adversus depositarium. At quomodo depositi actio ei, qui non deposuit, cum constet in deposito negotium geri inter deponentem, et accipientem, eoque actionem depositi competere, qui deposuit, non alii? *L.* 1. §. *si prædo*, §. *pen. D. depos.* Sed hoc de directa actione recte dicitur. Utilis sic potest competere ei qui non deposuit, si is cui directa actio quæsita erat suo nomine, eam voluntate sua in alium transtulerit. Quod hic factum est, dum debitor pecuniam obsignatam deposuit eo animo et ea tacita lege, ut is eam rem restituat Titio creditori, si is repeteret. Sic generaliter definiemus, quisquis rem suam commodat, donatve alicui, aut apud aliquem deponit ea lege, ut is eam rem restituat Titio, toties ei quidem qui dedit, acquiri suo nomine directam actionem, commodanti commodati, donanti condictionem ob caussam dati caussa non secuta, deponenti depositi: verum ita, ut simul placeat Titio, cui res ex superiore conventione restitui debuit: easdem actiones dari, non directas, sed utiles, tanquam in eum scilicet voluntate domini translatas. Exstat definitio in his ipsis caussis in *L. pen. C. ad exhib. L.* 3. *C. de don. quæ sub mod.* Non refragatur regula juris, per extraneam personam cum res cæteras, tum maxime actionem nobis acquiri non posse. §. *ex his*, *Institution. per quas pers. L. ea quæ*, *D. de acq. rer. dom.* Huic enim tunc locus est, cum conventione id agitur, ut quæ actio in persona acquirentis non constitit, recta alii acquiratur. *L. quæcumque.* 1. *D. de obligat. et act.* Quod si quæ actio nostra esse cœperit, nihil prohibet quominus nobis recte quæsitam in alium transferamus, ut sit apud accipientem non directa, sed utilis. Argumento certissimo sunt ea, quæ de cessione actio-

num

num diximus *supra suo loco*, quam receptam esse constat tantum ideo: quod qui actionem sibi habent, eam conventione transferrent in aliud, ex quo genere est illa conventio, cum quid ita damus, ut restituatur alii.

XV. Esto ergo hæc vis obsignationis et depositionis rei debitæ cum ad liberationem debitoris, tum ad hujus ipsius et simul creditoris cautionem: sed præcipue ad liberationem, de qua potissimum nunc agitur, et per cujus occasionem cætera quæsita sunt, quæ dixi. Nunc redeo ad hanc ipsam liberationem: quam cum placeat debitori contingere re debita oblata, si et obsignatio ista rei oblatæ, et depositio secuta sit; *d. L. acceptam, C. de usur. d. L. tutor pro pupillo, §. ult. D. de adm. tutor.* apparet hoc dici, quod et supra initio posuimus, sine hac obsignatione et depositione debitorem non liberari, quantunvis rem debitam recte obtulerit creditori, et is sine caussa accipere recusarit. Quid ergo fiet in iis rebus debitis, quæ obsignari et deponi non possunt, si forte eas recte oblatas creditor recuset accipere, et debitor omnino velit liberari? Hujus generis sunt res immobiles et ex mobilibus animalia. Immobiles, ut ædes, fundus, natura nullo involucro includi possunt, ut id obsignetur. Nam ad eam rem motione rei opus est; res autem immobiles loco moveri non possunt. Animalia possunt includi septis, aut involucris tegi ita, ut septa et involucra recte obsignentur; sed hoc non aliter, quam ut animalia aut inedia pereant, si quis septa non resignat, aut præclusione aeris suffocentur: quod juris auctoribus in obsignatione exigenda propositum non fuit. Comparata est enim obsignatio et depositio pecuniæ, non quo noceatur, sed quo consulatur creditori, ne quid illi facile de summa obsignata deperierit, ut ante ostendimus. Quid ergo, inquam, in his rebus fiet, si eas recte oblatas creditor non accipiat? Puto in his superesse, quod pro obsignatione et depositione cedat ad cautionem creditoris, quo adhibito non minus debitor re oblata liberari debeat. Et quod ad res immobiles attinet, ut hæ obsignationem non recipiunt: ita etsi reciperent, supervacuum et ineptum sit eam exigere: ac nihilominus res eodem loco habenda est, ac si intervenisset. Quorsum enim obsignatio in pecunia debita? Ne quid scilicet de pecunia sacculo inclusa et obsignata subduci possit, quin furtum deprehendatur, et hoc deprehenso ea re cautum sit utrique et debitori, et creditori, ut supra diximus. Atqui natura rerum immobilium satis nos per se hoc omni periculo subductionis liberat. Non enim periculum est, ne subducantur eæ res, quæ loco moveri non possunt, et ubicumque semel esse cœperint, ibi se perpetuo ostendunt. Quare hoc consecuti, quod natura rei dat, aliud ad eam rem adipiscendam amplius non desiderabimus: quia esset, ut dixi, non tam inutile, quam ineptum et ridiculum. Et ita est juris perpetui ratio, ut quæ in ea caussa sunt, ut in his non adhibitis nihilominus idem futurum fuerit, ea tanquam supervacua non requirantur. *L. Cornelius, D. de her. inst. L. quidam*, vers. *in eo autem. D. de ver. obl.* Usque adeo, ut si quid forte jure in universum desideretur ad rem aliquam; si cognitum sit, quamobrem desideretur, eum finem semel consecutis nobis placeat non amplius id desiderari. Ut, traditio simpliciter exigitur ad dominium transferendum. *L. traditionibus, C. de pact.* Si tamen res mea quam tibi vendidi, sit apud te jam ante ex commodati, locati aut depositi caussa, et patiar eam ex caussa emptionis apud te esse, placet etiam sine traditione nudam hanc voluntatem sufficere ad rem transferendam. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acq. rer. dom.* Nempe quia satis intellectum est traditionem ad dominium transferendum requiri ideo, ut per traditionem transferatur possessio in accipientem, atque hinc ex possessione dominium, quando ex possessione dominium nascitur jure gentium. *L.* I. in princip. *D. de acq. poss.* Frustra autem requiramus tradi possessionem ei, qui eam voluntate domini apud se habet. Restat, ut cum in rebus immobilibus natura ipsa rerum satis sit pro obsignatione, eoque nec in his jure desideretur alia obsignatio: adhibeatur saltem ea depositio, quam cum obsignatione conjunctam esse volumus, ne res incustodita pereat, et ut habere possit creditor, a quo eam consequatur, si recipere velit. Et res immobiles proprie ne depositionem quidem recipiunt; cum deponere sit rem aliquam ab uno apud alium ponere: quod non fit nisi motione loci, quæ motio in res immobiles non cadit. Sed pro depositione fiet quod est depositioni proximum; certe quod ad cautionem creditoris, eamdem, aut etiam majorem vim habet. Adhibebitur curator rebus immobilibus, qui eas res conservet, et curet, et eo nomine, deque his restituendis teneatur mandati actione: directa quidem debitori, utili autem creditori; ut fieret in depositi actione pecunia a debitore deposita. Sed hic idem exigemus, quod in depositione: ut quemadmodum pecunia deponi debet tuto in loco, et is tutus in-

intelligitur de quo judex constituerit; sic curatorem hunc non adhibeat debitor, quem privatim voluerit; sed adeat de ea re judicem, a quo ei custodiæ curator constituatur.

XVI. In animalibus oblatis, quæ creditor accipere recuset, hæc cautio pro obsignatione et depositione erit. Animalia si quibus sine damno corporum, et rerum deteriore ratione signum aliquod imponi potest, ut duret, et eo signo notabuntur: ut quandoque postea sciri possit ea esse quæ fuerint debita, neque obsignata et deposita fuerint. Quod si qua notas ejusmodi non recipiant: nihil relinquetur debitori ad præsentem liberationem. Nihil enim profuerit ei animalia debita deponere ad cautionem suam et creditoris: cum deposita mutari possint, ut incertum sit, an hæc ipsa quæ nunc reperiuntur, et forte non debentur deposita fuerint, an alia. Quæ autem eas notas recipient, quas dixi cum ea prius notata certa nota fuerint testibus adhibitis; tum deinde iisdem præsentibus annumerata committentur custodiæ ejus quam ad eam rem aditus judex constituerit. Hæc si non impetrantur a debitore qui idoneos curatores non reperiat, qui curam suscipere velint; nihil aliud ei relinquitur, quam ut res sibi habeat, ut ante, et curet pro suo captu: nec prius liberationis spes est, quam res recte oblatæ sine dolo malo ejus perierint. Nec moleste ferre debet hanc custodiam in rebus immobilibus et animalibus, cum pro cura earum rerum etiam lucretur fructus: quos constat in restitutionem non venire: in strictis quidem judiciis nisi post litem contestatam; *L. videamus*, 2. §. *si actionem*, *D. de usur.* in bonæ fidei autem judiciis, itemque in legatis et fideicommissis non nisi post moram *L.* 3. in princip. §. 1. *L. usuræ D. eo.* Jam vero qui rem recte obtulit, tantum abest, ut moram faciat, ut si fecisset prius, offerendo purget. *L. interdum*, §. *ult. D. de verb. obl.*

XVII. Ex his apparet, quæcunque rei debitæ oblatio intervenerit a debitore, et quæcunque hic recusatio fuerit creditoris: non licere debitori propter creditoris injustam recusationem rem oblatam abiicere a se, et pro derelicta habere; et si fecerit, nihil ei prodesse ad liberationem, sed periculum ejus esse non minus, ut si res apud eum exstaret.

XVIII. Unam exceptionem a veteribus receptam esse video in vino doliari vendito: de quo in hanc sententiam scriptum est in *L.* 1. §. *ult. D. de per. et com. rei vend.* si vino doliari vendito emptor non recipiat vinum ad diem constitutam, aut nulla constituta die non recipiat prius, quam ad vindemiam opera vasorum futura sit necessaria: licere venditori vinum effundere, atque ita perdere: ut quantum inde effusum esse constabit, eatenus liberetur. Ut autem sciri possit, quantum effuderit, atque hoc modo quantum perierit emptori, debere venditorem per corbem mensuram facere, et effundere. Ubi apparet [6] corbem dici mensuræ genus, quo ad eam admensionem veteres utebantur. Erat autem doliare vinum Romanis, quod in magnis amplius doliis habebatur. Conficiebanturque ea [7] dolia in cella ipsa vinaria, ut postea moveri eo loco non possent: qualibus et nunc in Italia, et in quibusdam partibus Germaniæ, et Galliæ utuntur. Ex his doliis vinum ita venditur, ut vendatur sine doliis, indeque emptor vinum sumere, et in alia sua vasa [8] transfundere debeat. Recipiendæ in hac specie effusionis ratio hæc est, quod venditor nec vinum in alia dolia transfundere potest, quæ ipse non habet: nec in suis doliis sine manifesto detrimento suo retinere. Non enim potest sine doliis colligere vindamiam suam, nec potest colligere, nisi doliis prius evacuatis. Quam necessitatem abiiciendæ rei debitæ si in aliquibus aliis rebus dederimus, par est, ut eadem æquitas jus idem admittat.

CAP.

6) Recte et consentit Turneb. 7. *Advers.* 23. Diss. Cujac. 2. *Obs.* 56. et Henr. Samuth. *in not. ad Lib.* 1. *Memorab.* Pancirolli *C.* 24. p. 143. quia cum ex viminibus contexatur, Varro 1. *de Re rust.* 22. vix liquorem contineat, et quia cogendis fructibus præparata *d. L.* 8. Resp. Imo in *d. L.* 8. corbes junguntur torcularibus. Ergo per *L.* 206. *de V. S.* Et quid vetat corbium usum tum in admetiendo vino ex doliis majoribus, tum in cogendo, seu colligendo vino, et forte in doliis depletis rursus implendis fuisse. Nec negat *ibid.* Cujacius posse corbem ita conserte fieri ut vinum contineat, sed negat tamen et tunc mensuræ genus esse. Quod pari facilitate qua ponitur et meliori jure per *d.* §. *ul.* rejicitur. Facessat vero inepta et inficeta de facetiis et jocis ab Ulp. in *d.* §. *ult.* affectatis, expositio, quasi mora ἰρονικ molesto lectori reponatur, ut Gothof. *in not. ib.* Quam miror ita placuisse Henr. Samuth. *d. p.* 143. ut iisdem verbis, dissimulando unde sumpserit, referret.

7) Quæ ad perpetuum usum defossa et depressa, nec ut amphoræ et cadi habentur ut exportentur, Cujac. 2. *Obs.* 36. vid. *L.* 8. *in fin. P. L.* 26. *de instr. leg.* Panciroll. *Lib.* 1. *Memorab. C.* 24. *et in not. ibi.* Henr. Salmuth.

8) Ex doliis minutatim ad amphoras, in culeos vel cados vinum vendi solebat, Conanh. 7. *Comm.* 10. *n.* 2.

CAP. XV.

De compensationibus.

Compensatio unde dicta et quid sit. I.
Inter volentes quælibet compensatio rata. II.
Si extorquenda ab invito, non nisi suis conditionibus admittitur; et quæ illæ. III.
Debitor actione in rem, vel in personam conventus potest uti compensatione. IV.
Immo conventus ex maleficio, aut turpi caussa, si pecuniariter agatur. V.
Exceptio. VI.
Compensatio cuique privato creditori objicitur, et fisco et reipublicæ; sed in his duobus res habet has exceptiones. VII. XVI.
1. *Si quid debetur ex pensitationibus publicis. Exceptionis ratio.* VIII.
2. *Si quid ex caussa annonaria.* IX.
Florentina lectio improbatur in L. ideo 17. D. de comp. v. ædilitatis, *et Duarenus a Cujacio vindicatur.* X.
3. *Si quid civitati aut fisco debetur ex Calendario. Quid calendarium.* XI.
4. *Si quis alimenta debeat, et quæ id genus.* XII.
5. *Si pecuniam quæ statutis sumptibus servit; et quæ talis sit.* XIII.
6. *Si fideicommissum, et quale.* XIV.
7. *Si quid debetur ex pretio rei emptæ a civitate; quæ et hujus ratio.* XV.
Conventus ab una fisci statione non pensat sibi debitum ab alia; et quare. Stationes fisci quid sint. XVII.
At pensabit cum una tutorum statione sibi debitum ab alia. XVIII.
Ratio differentiæ exponitur, et L. inter 36. D. de adm. tutor. *illustratur.* XIX.
Species cum alia specie pensari non potest. Quid ita. XX.
Quo sensu accipi debeat illud, locum esse compensationi actionibus sive in rem sive in personam. XXI.
In re quæ pensatur quatuor spectari. 1. *ut in pensationem vocetur* pecunia. XXII.
2. *Et ea sit* debita: *an jure prætorio, an ex alieno contractu, aut natura dumtaxat, perinde est.* XXIII.
Debita tamen eo jure, quod per exceptionem summovetur, in compensationem non venit. XXIV.
Item nec ea quæ debetur in diem, etsi ad retentionem valeat. Differentiæ ratio. XXV.
Dies judicatis datus non removet compensationem, et quare. XXVI.
Contrariis occurritur. XXVII.
3. *Ut pecunia debeatur illi qui compensatione utitur, non alii, etiam pro reo pensare volenti.* XXVIII.
At filiusfamilias recte pensabit socio quæ debentur patri isto nomine; et quatenus. XXIX.
Item procurator in rem suam quæ sibi debentur ex ista caussa. XXX.
4. *Ut ab illo debeatur, cui obiicitur compensatio. Quid huic juri consequens.* XXXI.
Compensatio et in partem admittitur. Cur hic aliter atque in solutione. XXXII.
Potest obiici vel in ipso executionis momento, si caussa ex qua obiicitur, sit liquida; et quæ sit talis. XXXIII. XXXV.
In caussa non liquida compensatio opponenda, antequam probaverit adversarius: postea non admittitur. XXXIV.
Invito etiam creditore admittitur compensatio, si alia concurrant; sed non amplius quam semel. Vis ejus triplex. XXXVI.
1. *Habetur pro soluto.* XXXVII.
2. *Et quidem ipso jure, non per exceptionem. Quid hoc intersit: et ex quo tale jus obtinuerit.* XXXVIII.
3. *Et ex eo tempore, ex quo cepta est utrinque deberi pecunia. Quotuplex talis juris utilitas.* XXXIX.
Ei qui compensatione non est usus, redire licet ad veterem actionem. XL.
Quid, cum judex, compensatione contempta illum a quo objecta condemnavit. XLI.

I. Atque hæ res sunt duæ, quæ re naturaliter oblata creditori pro solutione habentur adversus injustam creditoris recusationem: oblatio rei debitæ sola interdum, semper autem oblatæ obsignatio solemniter facta. Est cum nihil revera offeratur creditori; sit tamen, quod invito quoque; eo pro solutione cedat; quia sit jam aliquid apud eum, quod desiderante debitore non injuria pro præstito habeatur. In quo genere est, ut proposuimus, ea quæ dicitur compensatio: quæ et ipsa ideo pro solutione est. *L. 4. C. de comp.* Compensare namque dicitur debitor, qui cum ei vicissim aliquid debetur a creditore eodemque actore, vult quod sibi debetur ab eo retineri ne amplius debeat, et simul id sibi pro depenso, seu pensato apud eum esse, ut tanquam eo soluto desinat vicissim et ipse debere. Pro depenso et pensato, id est pro soluto, appellatione a primis temporibus nata, quibus cum Romani ære gravi uterentur in solutionibus, ideo æs [1] appendebant, non numerabant. Unde et [2] pensiones, et pensitationes dictæ pro æris præstationibus. Auctor Festus. Id cum fit a debitore, eodem tempore accidit, ut creditor et ipse penset. Ut enim ei debetur, ita et ipse debet. Pensat igitur id quod sibi debetur, id est tanquam dependit, et solvit, quo liberetur et ipse ab eo quod debet. Hinc in compensatione cum creditor qui petit, et debitor a quo petitur, spectantur per se singuli separatim, dicuntur singuli pensare. Cum autem spectantur conjunctim ambo, tum recte dicuntur compensare: quia simul et una [3] pensant invicem quod sibi debetur pro eo quod debent. Quæ res facit, ut cum singuli invicem simul debitores sint et creditores, quia sit quod debeant, et invicem eis debeatur: eodem tempore in his compensatione tollatur debitum, et creditum, dum simul et liberantur, et liberant. Liberantur eo quod debent, dum pensando solvunt. Liberant adversarium eo quod sibi debetur, dum ei quod debet remittunt, ut id pro præstito et soluto habeatur. Fitque hæc dissolutio debiti et crediti ita, tanquam si in utriusque persona debitum et creditum in unum [4] contributum, et ea contributione confusum esset, ut jam neutrum appareret, ut fit in rebus inter se confusis. Inde definita compensatio in *L. 1. D. de comp.* debiti et crediti inter se contributio: id est debiti et crediti inter se confusio nata ex mutua utriusque in unum contributione in utriusque litigatoris persona.

II. Compensatio hæc, ut dixi, pro solutione est: sed ita, si prius admissa sit jure adversus eum, qui quod sibi debetur petere instituat. Quod cum non semper fiat, de eo prius constituendum est, ut ante de compensatione ipsa, quam de ejus effectu et liberatione quæratur. Et si inter consentientes res agitur, qui compensationem ultro admittant, jure rata est compensatio, etiam si is esset petitor, qui alias non cogeretur admittere; aut aliæ res debitæ vel creditæ, quam quæ [5] compensationem recipiunt; aut non esset idoneum objiciendæ compensationis tempus, si quis recusaret. Licet enim unicuique juri suo renuntiantem deteriorem conditionem suam facere paciscendo. *L. pactum, D. de pact. L. pen. C. eod.* Et aliud pro alio volente creditore recte solvitur. *L. manifesti, C. de sol.* Compensatio autem solutio est: ut minimum volenti satisfactio. Est autem et satisfactio pro solutione. *L. satisfactio, D. de sol.*

III. Quod si quis agens volentem debitorem compensare non audit, adversus invitum non statim jure admittitur compensatio, sed tantum certis conditionibus, in quibus posita est necessitas compensationis. Hæ conditiones spectantur partim in personis creditoris et debitoris; partim in rebus ipsis debitis, quarum aliæ cum aliis pensantur; partim in tempore admittendæ compensationis. In quibus singulis est aliquid, quod compensationem repudiet, aut cur dubitetur, an sit recipienda.

IV. In personis sunt, debitor conventus qui compensare vult, et creditor agens, cui compensatio objicitur. Quid illi adversus hunc liceat, queritur: id est in summa, an quivis compensatione uti possit, et an adver-

1) Ante usum signatorum nummorum, vid. *not. supra Lib.* 6. *C.* 6. *N.* 2. A. Aug. 2. *Emend.* 8. Facit *Genes.* 23. *vers.* 16. quos primum percussisse alii Janum, alii Saturnum volunt, vid. præter citatos *supra Lib.* 13. *C.* 1. *N.* 8. Lud. Carrio 2. *Antiq. Lect.* 3. Theod. Tant. 2. *Var. Lect.* 23. Confer. Forst. 1. *de Succ.* 36.

2) Et pendere, solvere significat, unde et dispensatores, expensa, impendere. A. Aug. 2. *Em.* 8.

3) Et quasi in una lance appendunt ut æqua præstatio fiat et quantum præstatur, tantum rependatur: Sic pensare beneficium, tarditatem supplicii gravitate compensare, Don. *ad* §. 30. *I. de act. n.* 13. Ut si duarum rerum æquilibritas seu æqualis ponderis retributio P. Greg. 21. *Synt.* 22. *n.* 2. Leonhard. Cappel. *de Comp. C.* 1. *n.* 2.

4) Cum is unde petitur, vicissim sibi debere dicit et id imputat, quasi pro imputatione hoc idem re ipsa illi tribueret. Don. *ad d.* §. 30. *n.* 3. Nec tamen compensationem obiiciens eo ipso debitum fatetur, vid. Fach. 11. *Contr.* 6.

5) Improprie et abusive loquitur hic noster. Neque enim ea dici putest compensatio, sed in solutum datio et acceptio.

versus quemlibet. Et si de debitore quæritur, placet [6] unumquemque conventum sine exceptione compensatione uti posse, ut creditorem suum eumdemque debitorem petentem summoveat, si paratus est compensare. Definitio *L.* 2. *D. de comp.* In quo nihil interest, qua actione debitor conveniatur, utrumne in personam, an in rem. Nam et qui in rem actione convenitur, quanvis a domino ipso, cui æquum est primo quoque tempore rem suam restitui, aut de ea satisfieri, si ea res dolo malo aut culpa ejus non restituatur, ut jam rei æstimatio ei præstanda sit, potest pecuniam sibi vicissim ab actore debitam pensare, atque hoc modo dominum in petitione rei suæ removere. Non ita jus fuit olim ante Justinianum. Justinianus sublata vetere differentia actionum, quæ erat in hoc genere etiam in actionibus in rem reo convento compensationem dedit *L. ult. C. de comp.* §. *in bonæ, Inst. de act.* In actione in personam nihil interest, quod genus sit actionis, quo conveniatur, an ea quæ proprie dicitur actio, an interdictum, an stipulatio prætoria. *L. si ambo*, §. *ult. D. de comp.*

V. Illud magis dubitatum est, an si quis ex maleficio aut turpi aliqua caussa conveniatur, puta de dolo, furti, vi bonorum raptorum, condictione furtiva, uti possit compensatione. Non enim videtur qui ex improba caussa convenitur, dignus esse, cui mora aliqua tribuatur ad solvendum: proinde nec debere ei licere compensationis exceptione differre petitionem. Sed placuit etiam ex his caussis, si [7] pecuniarie agatur, locum habere compensationem. *L. si ambo*, §. *pen. D. de comp.* Et vero æquitas compensationis hoc jus postulat: sic enim nominat Papinianus in *L. inter, D. de adm. tut.* Æquitas hæc est, quod qui pensat, quod sibi debetur, facit ut id remittendo videatur tantumdem numerasse creditori suo solutionis caussa. Unde et compensatio, ut dixi, habita pro solutione. Constat autem quidquid quanvis de caussa debetur, solutione recte dissolvi. Par igitur, ut dissolvatur et compensatione. Quod si qui convenitur ex maleficii caussa, potest huic petitioni compensationem objicere, si quid forte ei ex alia caussa honesta debeatur: multo magis poterit objicere ei, qui vicissim ex alia turpi caussa quid debeat. Inde dictum si duo dolo malo fecerint, dum sese mutuo deceperunt, invicem de dolo non acturos. *L. si duo*, *D. de dol.* nempe propter compensationem, quia actio utrinque in hac specie removetur. Inde et illud Papiniani paria delicta mutua pensatione dissolvi. *L. viro*, *D. de solut. mat.* Quæ sententia ad res et actiones privatas pertinet, [8] non ad accusationes actionesve criminales. In quibus id observatur, ut non relatione criminium, sed innocentia reus purgetur. *L. is qui*, 5. *D. de pub. jud.*

VI. Duo genera actionum hic excepit Justinianus, ex quibus qui debet, conventum vetat uti compensatione; actio depositi, et si qua est actio, qua res alienæ perperam occupatæ repetuntur. *L. ultim.* in fin. *C. de comp.* Cur hæ actiones exceptæ sint, et cur solæ, ostendi ad §. *in bonæ, Institution. de act. num.* 10.

VII. Quod attinet ad creditorem, cui compensatio objicitur, non item jus perpetuum est, ut adversus quemlibet similiter compensatione uti liceat. Si quidem privatus est, qui agit, adversus hunc omnem compensationi locus est. *d. L.* 2. *D. de comp.* Si fiscus aut respublica, valet et adversus hos compensatio: *L. idem*, *L. ult. D. de comp.* sed ita, ut quædam caussæ exceptæ sint. De quibus comprehensum est in *L.* 3. *C. eod* et *L. aufertur*, §. *ut debitoribus.*, *D. de jure fisc.* Hæ quæ sint, et quid valeant, videamus. Et quoniam de his apertius cautum est in republica et civitate, hinc primum ordiamur: ex quo facilius, quæ ad fiscum pertinent, intelligentur. Septem caussæ sunt, in quibus adversus rempublicam et civitatem quamlibet cessat compensatio.

VIII. Prima caussa est, si quis quid debeat ex pensitationibus publicis, ut ex caussa vectigalium, tributorum, stipendiorum, *d. L.* 3. *d. L. aufertur*, §. *ut debitoribus.* Denegandæ in his compensationis ratio manifestior. Pertinent enim hæ pensitationes ad summam reipublicæ: quæ ideo exiguntur, ut sit publice parata pecunia, unde suppetant facultates ad res gerendas. Unde et in his dictum est consistere nervos civitatis. Hi, ut res

ipsæ

6) Quare nec excommunicato hæc deneganda, cum et solvere possit arg. *C. veritatis* 8. *in fin. de dolo et contum.* ac excipere et se defendere, post alios Coppel. *de Compens. C.* 3. *n.* 3. *et seq.*

7) Seneca 6. *de Benef.* Ræv. 1. *Var.* 11. Et si pœnalis sit, modo in pecunia, nam et illa pecuniaria actio dici potest, nec in *d.* §. *pen.* mendum hæret, aut pro *idem est*, *id est* recte reponit Cujac. 13. *Obs.* 37.

8) *L.* 2. §. 5. *ad Leg. Jul. de adult.* De judicio enim de moribus, quod privatum fuit, loquitur *d. L.* 39. non de adulterii accusatione, Cujac. *ad tit.* 6. *Ulp.* Briss. *de adult. C.* 19. Scipio Gentil. *de Sec. nupt. C.* 6.

ipsæ quæ gerendæ sunt, moram non ferunt; quia facile futurum sit, ut levissima mora interposita rei bene gerendæ, respublica magnum detrimentum sentiat.

IX. Secunda caussa huic proxima est, si quid ex caussa annonaria debeatur, ut est in *d. L. aufertur*, §. *ut debitoribus*, *de jur. fisc.* Is debet ex caussa annonæ, qui mandata annonæ publicæ administratione fraudavit annonam, aut aliter male administravit, quo nomine debitor esse cœpit reipublicæ. Est autem annona quidquid ad victum pertinet, ut sunt frumenta, vinum, oleum, caro, et cætera edulia; qualia solent pro republica convehi ad exercitum alendi exercitus caussa. *L.* 1. *L. ult. D. ad leg. Jul. de ann.* Hæc caussa ideo compensationem non recipit, quia cum pertineat annona publica ad alendos, et tuendos eos, in quibus posita est salus civitatis; apparet et hanc caussam non minus quam superiores præstationes ad summam reipublicæ pertinere, omninoque ad eamdem utilitatem referri. Ad hanc caussam pertinet frumenti et olei publici pecunia, quæ commemoratur in *d. L.* 3. *C. de comp.* Nam frumentum et oleum publicum nihil aliud est, quam annona: nec aliud frumenti et olei hujus pecunia, quam pecunia quæ ob eas res male administratas debetur. Ad eamdem caussam referri debet negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, cujus meminit Papinianus in *L. ob negotium*, *D. de comp.* Ubi copias recte [9] Duarenus *L.* 1. *Disp. C.* 16. sic accepit, commeatum sive annonam exercitui necessariam: quo verbo in hac significatione usos esse et Tacitum, et Plinium in epistolis ostendit. Nec immerito sunt usi. Ita enim est hujusmodi annona, ut eam magna copia, vel potius magnis copiis convehi oporteat ad exercitum alendum. Unde ibidem Papinianus ex superiore jure de caussa annonaria constituto negat in ea caussa compensationem reipublicæ aut fisco objici posse. Non est caussa annonaria, si quid princeps aut potens aliquis donationis aut largitionis caussa publice civibus [10] tributum velit, quanvis ex rebus ad victum pertinentibus. Hæc enim annona in privatos nullius publicæ utilitatis caussa collata, et ipsa privata est, non publica: nec denegatur compensatio, nisi in caussa frumenti et olei publici, id est annonæ publicæ. Et hoc est, quod dicitur in *L. ideo*, *D. de comp.* Ideo condemnatum, quod [11] arctiorem annonam edulitatis tempore præbuisset, frumentariæ pecuniæ debitorem non videri. Et ideo compensationem habere. Frumentariam pecuniam vocat Papinianus, quæ est annonaria, et ex caussa frumenti publici debetur. De hac annona si ageretur, cessaret compensatio. Nunc cum in hac caussa non versetur annona publica, recte Papinianus colligit compensationi locum esse. Negat autem ideo hic esse pecuniam frumentariam, seu caussam annonariam, quod ageretur de eo, qui arctiorem, id est minorem justo annonam præbuisset edulitatis tempore.

X. Est in Pandectis Florentinis ædilitatis tempore. Quod si recipimus, omnino caussa annonaria est, si qui annonam publicam tractavit quantumvis ædilis fuerit Romæ; falsumque est quod Papinianus ait debitorem in ea caussa compensationem non habere. Legendum est, ut in aliis exemplaribus et iis veteribus legitur, edulitatis, quo modo solo constanter legisse Accursium ex glossa ejus constat, qui in eo verbo explicando laborat. Quod cum Budæus, et Alciatus, [12] emendassent, ac reposuissent ædilitatis, et Haloander secutus esset, Duarenus idem illud verbum edulitatis defendit *Lib.* 1. *Disp. C.* 26. Interpretaturque edulitatem rerum edulium largitionem et donationem, quæ a Principe in populum, cum magna esset annonæ caritas, conferri solebat. Recte. Nam et hoc solum recte convenit responso Papiniani, qui in hac caussa tanquam non frumentaria seu annonaria compensationem admittit. Et a rebus edulibus edulitatem pro munere et præstatione rerum edulium secundum analogiam recte dici nemo negaverit. Sed et hoc sensu usurpatum esse veteribus verbum edulitatis recte, opinor, probat Duarenus ex Lampridio in Alexandro his verbis: *Cum edulitatem P. R. ab eo peteret*, *interrogavit per curionem*, *quam speciem*

9) Et Briss. *Lib.* 2. *de Sol. Cap. de Compens. p.* 426. quia sic apud Valer. *Lib.* 5. *C.* 1. Plin. *in Panegyr.* Ratio autem hic inhibendæ compensationis est utilitas publica, Renat. Choppin. *Lib.* 2. *de Privil. rust. P.* 1. *Cap.* 9. et annonæ necessitatis, de qua Frid. Fur. Ceriolan. *de Consiliar. in Concilio* 5. *Frumentario*, Elias Reusner. *Lib.* 1. *Art. stratagem. Cap.* 22.

10) De largitione frumentaria vid. M. Vertran. Maur. *de Jure Lib. Cap.* 16. fuse Lips. 1. *Elector.* 8. Atque hinc cœna annona, Plaut. *in Trinummo* 2. *Sc.* 4. pro annonaria, quæ sine impensa alieno sumptu daretur, Palmer. *Spicileg. Epist.* 5. *pag. m.* 689.

11) Qui aliquid subduxit ex frumenti quantitate, quam viritim populo distribui oportuit, Rob. 3. *Sent. ult.* Aliter Ræv. 3. *Var.* 17. qui in annonæ dispensatione pretium auctoritate senatus constitutum excessit et auxit.

12) Alc. *ad L. pupillus* 239. *de V. S.* Cujac. 2. *Obs.* 23. Ræv. 3. *Var.* 17. Lyclama 3. *Membr.* 13. Leonhard. Coppel. *de Compens. Cap.* 4. *n.* 23. *et seqq.* et ante eos primus Catellian. Cotta *in Memoral. v. annona.*

ciem caram putarent. Illi continuo exclamaverunt ; carnem bubulam atque porcinam. Tunc ille non quidem edulitatem proposuit ; sed jussit, ne quis suminatam occideret, ne quis lactantem, ne quis vaccam, ne quis damalionem : tantumque intra biennium vel prope annum porcinæ carnis fuit, et bubulæ, ut cum fuisset octominutalis libra, ad duo unumque utriusque carnis libra redigeretur. Scio esse, qui Duarenum hic vellicent, et ut superioris loci auctoritatem illi detrahant, pro edulitatem legendum velint [13] vilitatem: nempe pro imperio quod in mutandis ei invertendis locis quoties visum est, sibi arrogarunt. Sed præterquam quod dici potest stultæ confidentiæ esse mutare receptas lectiones, ubi contra nihil probes : etiam hæc restitutio et scripturæ dissimilitudine, et contextu ipso satis refellitur. Nam quæso quid habet commune aut affine in literis edulitas cum vilitate, ut quis suspicari possit pro vilitate quod scriptum erat, errore repositum esse edulitatem ? Quid, an non contextus ipse vilitatem aperte repudiat? Ait Lampridius Alexandrum edulitatem non proposuisse. Nihilminus verum est, si vilitatem reponimus. Nam si proponendi verbo intelligimus Alexandrum vilitatem non exhibuisse, falsum est, cum subiiciat Lampridius Alexandrum facto suo maximam vilitatem induxisse. Sin intelligimus eum non proposuisse, id est non ostentasse, et esse pollicitum vilitatem: ne hoc quidem verum esse satis indicat Lampridius, qui scribit quo tempore Alexander vilitatem non proposuit, eodem tempore eum jussisse, ne quis suminatam et reliqua animalia occideret. Quod plane certum indicium est ejus, qui vilitatem quæ petebatur, si modo peteretur, vellet inducere. Deinde munera et spectacula, et largitiones a principe peti et proponi populo solitas legimus. Ubi autem vilitatem simpliciter peti, ubi vilitatem proponi alibi legimus ? Res sic habet. Edulitatem petebat a principe populus Romanus, quæ est rerum edulium largitio. Hæc cum aptissime præberetur in iis rebus, quæ essent cariores, quo facilius populo suppeterent, ideo rogat Alexander, quam speciem caram putarent. Ipse autem hoc cognito, non præbet edulitatem, sed pro edulitate vilitatem earum specierum, in quibus edulitatem peterent : quod multo plus est, et ad votum populi multo aptius, quam si semel edulitatem proposuisset. Id vero optima et ad id quod instituebatur convenientissima sententia dici apparet.

XI. Tertia caussa est, quæ adversus rempublicam compensationem non admittit ex *d. L.* 3. *C. de comp.* si quis quid debeat ex Calendario : id est ex caussa fœneraticiæ pecuniæ mutuo a republica acceptæ. Dicebatur enim calendarium veteribus liber, in quem fœneraticiæ pecuniæ referebantur, a calendis, ut jam inter eruditos omnes constare video, quod Romani usuras sibi stipulari solerent in singulas calendas. De quo scripsi ad *L. ejus*, in pr. *D. si cer. pet.* Hinc Calendarium μετωνυμικῶς pro pecunia calendario contenta, id est pecunia fœneratitia accepta a republica, cujus illud calendarium est. In hac caussa ideo denegata compensatio adversus rempublicam, quia hæc ipsa pecunia, quæ ita a republica exercetur, publicarum pensitationum caussa esse solet ; et præterea ideo exercetur, ut pecuniam publicam, in qua reipublicæ nervos esse prius diximus, et tueatur, et augeat: ut hic eadem æquitas compensationem non admittat.

XII. Quarta caussa est ex *d. L.* 3. si quis debitor sit alimentorum. Alimenta accipe, non quæ præstentur reipublicæ, quæ his non indiget: sed quæ respublica præstet egentibus. Quales sunt pecuniæ destinatæ ad alimoniam pauperum, in [14] ptochotrophiis, orphanotrophiis, nosocomiis, xenodochiis, et similibus miserabilibus locis, quæ commemorantur in *L. pen. C. de sac. eccl.* Hæc caussa præcipuum favorem meretur, cum propter inopes, quibus propter egestatem quam maxime consultum esse oportet : tum propter alimenta, quæ natura dilationem non ferunt. *arg. in L. 2. D. de fer. et dil.*

XIII. Quinta caussa est ex ea *L.* 3. Si quis

13) Cujac. 14. *Obs.* 13. quia edulitatis nomen Latinum non fit. Sed recte hic noster Lampridii locum explicat, apud quem id vocis retinent et Briss. 1. *Antiq.* 7. *ac* Marcell. Donat. *Dilucid. in Lamprid. p. m.* 956. licet hic velit edulitatem potius ibi esse esculentorum pretii moderamen ac diminutionem, quam eorum largitionem. Præferenda tamen in *d. L.* 17. ob auctoritatem Florentini exemplaris vox *ædilitatis*, id est cum in ædilitate esset, Cujac. 2. *Obs.* 25. Neque enim quia Lampridius voce *edulitatis* bis usus, ideo et Papinianus illo multo tersior ac purior, Rob. 3. *Sent.* 26. Et sunt aliæ componendi dissidii rationes. Sic Cujac. *d. C.* 23. et Pac. 4. *Q.* 74. distinguit inter curatorem rei frumentariæ, qui accipit pecuniam publicam ad annonam parandam, *d. L.* 20. et ædilem, qui ab eo redactam præbendam suscipit. Et Rev. 3. *Var.* 17. annonæ præfectum, si in redemptione fraudem fecisset ærario, majorem quam expenderat pecuniam in tabulas publicas referendo, peculatus lege teneri *L.* 10. *ad L. Jul. pecul.* nec compensationi locum esse *d. L.* 20. Expeditius M. Lyclama *d. Ecloga* 13. ædilem in *d. L.* 17. ex caussa arctioris annonæ præbitæ non esse debitorem fisci, sed hominum privatorum, quibus aliquid subduxit. Pro eo igitur quod illi, quibus arctius præbuit, ipsi debent, compensat, retinendo partem eam, quam non præbuit. Aliter Rob. *d. C.* 26.

14) Ita et noster *ad d. L.* 3. *C. h. n.* 11. vid. Briss. *Lib.* 2. *de Sol. C. de Comp. cir. fi.* Simile forte quod Rebuff. *Privil. Scholast.* 168. tradit, studioso non posse mercatorem pecunias a patre missas deferentem compensationem obiicere.

quis debitor sit ejus, repete pecuniæ ex præcedentibus, ejus pecuniæ, inquam, quæ statutis sumptibus servit. Est autem pecunia hujus generis, quæcunque destinata est ad solvenda stipendia iis, qui reipublicæ operam navant: ut militibus, ducibus belli, magistratibus, consiliariis, officiis magistratuum, professoribus liberalium artium in quaque civitate. Et hæc quoque caussa dilationem non admittit. Interest enim reipublicæ, ut qui ei dant operam, eam fidelem et promptam præstent. Quod respublica facile consequi non potest, nisi præsentem pecuniam et expeditam habeat, quam iis suo quamque tempore, et cum fide subministret.

XIV. Sexta caussa est in *ead. L.* 3. si quis fideicommissi civitatis debitor sit. In hanc speciem duæ caussæ concurrunt ad removendam compensationem adversus civitatem: et quod fideicommissum est, et quod relictum civitati. Fideicommissum a suprema voluntate est. Supremarum voluntatum tantus favor, ut putetur publice expedire eas primo quoque tempore exitum habere. *L. vel negare*, *D. quem. test. ap.* Sed hæc caussa etiam in privatis legatariis locum habet, neque ideo tamen compensationem excludit. Adde igitur alteram caussam, quod hic fideicommissum relictum est reipublicæ; cujus et ipsius ut publica caussa est, ita et præcipuam esse oportet. Hactenus *d. L.* 3. *C. de comp.*

XV. Sed his caussis septimam adjicere debemus, quæ refertur in *d. L. aufertur*, §. *ut debitoribus, de jur. fisc.* si quid debeatur ex pretio rei a republica emptæ. Illic quidem de pretio rei a fisco emptæ scriptum est. Sed quæ fisco in hoc genere tribuuntur in *d.* §. *ut debitoribus*, apparet tributa esse et Reipublicæ seu civitatati. *d. L.* 3. *C. de comp.* Si cætera, cur non et hoc, quod in eadem caussa cum superioribus habetur? Et hæc caussa ideo compensationem non habet, quia non solent res vendi a civitate, nisi ut re tradita statim pretium consequatur: non solet, nisi ideo, quia civitas pecunia egeat. Non eget autem, nisi ob easdem illas necessitates publicas, propter quas vectigalia et tributa superiorem favorem merentur.

XVI. Quæritur de fisco, an totidem in caussis non sit adversus eum compensationi locus. Esset inepta dubitatio, cum sit multo potior caussa fisci, quam civitatum quæ privatorum loco habentur: *L. eum qui*, *D. de verb. sign.* nisi dubitationem faceret *d. L. aufertur*, §. *ut debitoribus*, *de jur. fis.* ubi nominatim compensatio admittitur adversus fiscum, et quatuor tantum caussæ excipiuntur, tributorum, stipendiorum, pretii rei a fisco emptæ, et annonaria. Dici solet, et verum est, exceptionem confirmare regulam in casibus non exceptis. *L. quæsitum*, §. *idem respondit domo instructa*, *D. de inst. et inst. leg.* Et sine dubio si ille locus solus esset, idem nunc probaremus, non pluribus in caussis, quam in illis quatuor compensationem adversus fiscum cessare. Sed quod ei loco deest, supplendum est ex *d. L.* 3. *C. de comp.* ubi diserte superiores caussæ comprehensæ sunt; in quibus omnibus denegatur compensatio: non quidem nominatim adversus fiscum, sed tamen adversus rempublicam. At hoc idem valet. Nam si rempublicam proprie accipimus, intelligemus rempublicam populi Romani, ad quem proprie publici appellatio refertur. *d. L. eum qui*, *D. de verb. signif.* Intelligemus igitur in republica ærarium, quod fuit olim populi Romani, et nunc fiscum, qui pro ærario dici cœpit fiscus in principe: sic tamen ut idem intelligatur esse populi, eoque et publicus. Ideo enim principis est, quia a se translatum, ut et reliquum imperium et potestatem suam populus in principem contulit. *L.* 1. in pr. *D. de const. princ.* Sin autem largius in *d. L.* 3. rempublicam accipimus pro qualibet civitate, ut verba extrema ejus legis indicant faciendum esse; recte dicemus idem multo magis admittendum esse in fisco. Quod enim tribuitur civitatibus in supra scriptis caussis, ne compensatio adversus eos detur; eo fit, quia et in superioribus rebus civitati tuendis publica utilitas versatur. Utilitas autem publica major in iisdem rebus ad fiscum pertinentibus. Multo igitur magis ob eamdem istam et majorem utilitatem idem fisco tribuendum est.

XVII. Sed sciendum est adversus fiscum compensationem denegari non uno modo. Non enim denegatur tantum ex caussa, ex qua fiscus agit: quo in numero sunt caussæ superiores, de quibus satis: sed etiam ex persona ejus, qui nomine fisci experitur. Quod accidit, cum una statione fisci agente de eo quod sibi debetur, debitor conventus pensare vult quod sibi debetur ab alia statione. Quidquid est, quod vel ab hac vel ab illa statione debetur, id verum est a fisco deberi. Et quodcumque est, quod quæque statio petit, id verum est et fiscum petere; quia res fisci est, cui per suos administros res geritur: ut videatur dici debuisse, fisco per unam stationem agenti compensationem ejus quod idem per aliam stationem debeat, obji-

objici posse, si extra superiores caussas quid petatur. Placet tamen in caussa fiscali si quid ab una statione petatur, ejus quod ab alia statione fisci debeatur, cessare compensationem: idque jus propter confusionem diversorum officiorum diligenter servandum esse. Sic rescriptum est in *L.* 1. *C. de comp.* Stationes fisci dicuntur loca in quoque territorio disposita ad accipiendos ministros fisci adhibitos ad res fisci in eo territorio administrandas: ut ad vectigalia, et portoria exigenda, ad pecunias fisci ibi exercendas, ad publica fisci locanda, ad res fiscales quæ ibi sunt, curandas, et si opus est distrahendas. Dictæ stationes, quia loca sunt, ubi ministri fisci consistant. μετωνυμικῶς statio pro ministris, qui alibi dicuntur proprie [15] stationarii, ut in *L. universi, C. de vect. et com.* similiter ut ministerium pro ministris in *L.* 1. §. *in publicum, D. de fugitiv.* officium pro officialibus in *L. cum sententiam, C. de sen. et interl.* Si ergo ponas, aliquem qui uni stationi debuerit centum in aliquo territorio ob res forte fisco venditas nec traditas, aut evictas, vel ob conductionem publicorum, quæ caussæ alioqui compensationem admittunt, eundemque alii stationi fisci centum mutua dedisse: conventus a priore statione non poterit pensare, quod sibi ab alia statione debetur. Constitutum, ut dixi, propter confusionem diversorum, officiorum, ut est in *d. L.* 1. *C. de comp.* idest ut bene Accursius interpretatur, non propter confusionem officiorum, quæ sit in stationibus, alioqui non dicerentur officia diversa: sed propter confusionem futuram, ne incidat: et breviter ut vitetur confusio diversorum officiorum, quæ alioqui secutura est, si admittetur compensatio ejus quod ab alia statione debetur. Sic enim futurum est, ut quod uni debetur, id alia usurpet, dum in suum debitum convertit liberata compensatione. Confundi autem hæc officia ideo non debent; primum quod isto modo stationes singulæ onerantur, imponitur enim eo modo singulis cura earum rerum, quæ ad alias stationes pertinent; dum coguntur in ea quæ aliæ debent inquirere, ut scire possint, debeantne hic denegare compensationem, an admittere. Deinde quod [16] nocetur iis stationibus, quibus debetur: quarum interest pecuniam sibi et suo facto contractam accipere, ut possint acceptam pro officio recte tractare, et de ea pro eodem officio rationem reddere.

XVIII. Non idem placuit in pluribus stationibus tutorum, divisa inter eos tutelæ administratione, ut est responsum Papiniani paulo obscurius in *L. inter, D. de adm. tut.* Ut puta, duo tutores pupillo dati sunt: divisa inter eos tutela est vel testamento patris, vel a prætore, ita ut uni mandaretur administratio rerum Italicarum, alteri rerum provincialium. Convenitur aliquis debitor a tutore provinciali, cum quo forte contractum sit in provincia. Debitor cui tantumdem debetur a tutore Italico; eam pecuniam sibi ab illa statione debitam pensare vult. Placet id ei facere licere: quia inquit Papinianus, *æquitas quæ merum et certum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur*: id est quia æquitas compensationis hoc exigit, ut uno tutore ex sua administratione quid petente, propter ejus disjunctum officium et personam non denegetur compensatio debitori, etsi ex alterius tutoris qui vicissim debeat, persona, compensatio opponatur.

XIX. Objiciet hic aliquis exemplum fisci, in cujus caussa compensatio ejus quod ab alia statione debetur, non conceditur. Occurrit huic objectioni tacitæ Papinianus, innuens dissimiles hic esse officiorum divisiones. *Nam divisio tutelæ*, inquit, *quæ non juris sed jurisdictionis est, modum administrationi facit.* Divisio tutelæ inter plures tutores pupillo datos non est juris, id est non constituitur jure ipso, sed tutela jure in omnibus indivisa est. Quotcumque enim tutores sunt, et quantumcumque inter eos divisa tutelæ administratio, nihilominus singuli in solidum tutores sunt, pertinetque ad eorum officium videre quam fideliter alii in sua administratione se gerunt, ut si per dolum et culpam suspectum non removerunt, aut suspicionis caussam moverunt tardius, damnum si quod ex ea re est, pupillo præstent. *L.* 2. *C. de divis. tut.* Est ergo divisio tutelæ jurisdictionis: id est permissu magistratus tributa pro ejus jurisdictione, non jure constituta. Quod si ita est, ea divisio modum facit administrationi: intellige administrationi soli, non autem tutelæ, quæ et post divisionem administrationis manet indivisa. Modum facit, id

15) Sic et in *L.* 1. *C. Ne fisc. rem quam vend. Lib.* 10. *tit.* 5. *ubi* Cujac. *et* 2. *Obs.* 40. Donell. *ad d. L.* 1. *C. h. t. n.* 4. Gothof. *ibid.*

16) Adde quod periculum fisci versetur. *Nam* si illa statio quæ debet ignoret compensationem cum alia statione facile iterum solvet, Donell. *ad d. L.* 1. *n.* 4.

est, ponit mensuram, ultra quam administratio non excedat, tametsi officium ipsum tutelæ in singulis totam tutelam complectitur. Hæc rursum si ita sunt, recte colligit Papinianus uno ex tutoribus agente, non debere superiorem divisionem debitori cum pupillo experiri volenti obstare: id est, non debere illi obstare, quominus ex alterius tutoris persona opponat compensationem: quia ita opponendo experiatur non cum tutore, sed cum pupillo ipso, a quo et sub persona agentis tutoris convenitur: et si apertius dicendum est, quia debitum quod pensare vult debitor, non solum est ejusdem pecuniæ, sed unius et ejusdem tutelæ jure indivisæ. Non mirum igitur, si in fisci stationibus aliud jus receptum est, in quibus administratio jure ipso divisa est. Sunt enim singularum stationum diversa et distincta officia jam ab initio ita constituta, quæ ideo confundi non oportet. Accedit eo caussa publica fisci, quæ in pupillo etsi favorabilis, semper tamen privata est. Atque hæc dicta sunt de personis eorum, quibus et adversus quos compensatio admittitur, aut non admittitur.

XX. Non minus res in compensatione versantur, et ad jus ejus pertinent. Res ad compensationem pertinentes sunt duæ; res quæ petitur a creditore cui compensatio objicitur, et res quæ a debitore pensatur. Hujus generis res non omnes admittunt compensationem, sed certæ tantum, et in summa tantum pecunia et quantitas utrimque debita. *L. 4. C. de comp.* Sed hoc plura desiderat in singulis, de quibus distincte cognoscendum est. Et si quæritur de re petita, hanc ut dixi, ad compensationem pecuniam esse oportet, vel ut petatur jam ab initio, vel ut alia re petita æstimatio et pecunia præstari debere incipiat. Species si petita erit, et eadem præstanda, quidquid eidem debitori debebitur vice mutua, sive alia species, sive pecunia, quæ eamdem æstimationem efficiat, compensationi locus [17] non erit, quia pecunia petita non sit, nec sit præstanda. Et merito. Nam qui pro specie a se petita vult pensare aliam speciem, aut pecuniam sibi debitam, aperte postulat aliud pro alio pensare, id est solvere. Atqui jus non concedit aliud pro alio solvi invito creditore ne in vera quidem solutione et præstatione pecuniæ *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Multo igitur minus recipiendum est in compesatione, quæ imago tantum est veræ solutionis. Adde, quod qui specie petita aliam speciem pensare vult, postulat speciem cum specie permutare: et qui pro specie petita pensare vult pecuniam, postulat eam speciem sibi vendi. Atqui contractus hi sunt, permutare, vendere: et certi juris est neminem cogi quidquam contrahere, cum omnes contractus sint voluntatis et consensus ab initio, non necessitatis. *L. nec emere, C. de jur. del. L. sicut, C. de obl. et act.* Hinc natum responsum Scævolæ in *L. si debeas, D. de comp.* ut si debeas decem aut hominem utrum adversarius idemque stipulator volet, non possis hujus debiti petitioni compensationem objicere prius quam adversarius dixerit; utrum vellet. Rationem responsi recte. Accursius hanc accepit, quod stipulator potest postea eligere hominem, id est speciem certam, cum qua pensare non possis ne pecuniam quidem tibi ab eodem creditore debitam. Sed cum proponatur is stipulator, cujus electio sit, utrum petat; quomodo potuit ex ea stipulatione agere, et agenti compensatio opponi, nisi prius dixerit, utrum vellet? Potuit jure suo non statim uti, sed judicio decem aut hominem disjunctim petere. Unde quæstio, si huic petitioni opponatur compensatio, an sit admittenda. Sentit Scævola prius constare debere, utrum [18] pecuniam velit, an hominem; scilicet ut si pecunia eligitur, compensatio admittatur, si homo, compesatio denegetur, ut diximus.

XXI. Quod ergo legimus in actionibus in rem, in quibus certam speciem vindicari constat: item in actionibus in personam, quarum innumeris, aut species repetitur ut commodata, locata, aut promissa venditave petitur; in his, inquam, omnibus compensationi locum esse, ut *L. ult. C. de comp. L. fructus, §. ob donationes, D. sol. mat.* et similibus locis: omne id sic accipiendum est, si in his actionibus agatur adversus eum, qui re perempta, amissave, aut per contumaciam non restituta teneatur ad ejus rei [19] æstimationem, qualis præstatio et condemnatio indi-

17) Donell. noster *ad L. 4. C. hoc tit. n. 3. et ad L. ult. n. 2. et ad §. 30. I. de act. n. 13.* quia non potest dici æqua præstatio ac tantundem reddi nisi cum res quantitate constantes eadem quantitate redduntur, vel mutuo imputantur. Et hæc interpretum communi consensu recepta sententia, teste Mercer. 1. *Opin.* 14. probata *L. 18. pr. de pig. act.* Paul. 2. *Sent.* 5. §. 5. Compensatio ex pari specie admittitur, id est quæ in suo genere alterius vicem præstat, eandemque æstimationem habet, Briss. *Lib. 2. de Sol. C. de Compens. p.* 425. add. Forner. 2. *Select.* 14. Gilb. Reg. 1. *Enant.* 8. Bus. 3. *Subtilit.* 4. Coppel. *hoc tit. Cap.* 5. Diss. Duarenus *de Commodato Cap.* 6, *et hoc tit. Cap. 2. et ad L. 7. §. 5. Sol. matr.*

18) Non utroque casu ibi compensatio locum habet, ut vult Duar. *d. L.* sed in ancipiti est utrum possit opponi, donec electio facta, alias frustra requiritur ut eligat adversarius, Mercer. 1. *Opin.* 14.

19) Omnes actiones hodie compensationem admittunt *L. ult. C. hoc tit.* scilicet conditione sua, si nihil aliud impediat, personæ debi-

dicatur in *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* *L. in re*, *D. de cond furt.* de quo disserui pluribus ad §. *in bonæ*, *Inst. de act.* in extremo.

XXII. De re quæ [20] pensatur, videamus. Hæc ex adverso hujusmodi esse debet, ut recte vocetur in compensationem: pecunia debita ei qui utitur compensatione, ab eo cui compensatio objicitur. Sic enim fit, ut pecunia sit utrimque et invicem debita; quod ad compensationem exigitur in *d. L. 4. C. de comp.* Hac descriptione observari potest quatuor contineri, quæ totidem intelligi volo necessaria esse debitori ad creditori sui pensationem. Quæ et nos numero proposita, eodem ordine sigillatim expendemus. Primum est ut sit pecunia, quæ pensatur. Secundum, ut sit debita. Tertium, ut debita ei, qui compensatione utitur, non alii. Quartum, ut sit debita ab eo ipso creditore, cui compensatio objicitur, non ab alio. Primum ergo exigimus, ut sit pecunia et quantitas quæ vocatur in pensationem, hoc diserte in *d. L. 4. C. de compens.* Si quis ergo quamvis pecunia petita, non tamen compensare invicem velit pecuniam, sed speciem aliquam sibi ab actore debitam, licet ejusdem æstimationis, non admittetur compensatio. Et in summa, ut pecuniæ cum specie petita; sic speciei cum pecunia petita, nulla compensatio est. Quod posterius iisdem rationibus efficitur, quibus et illud superius. Nam qui pro pecunia speciem pensare vult, is offert aliud pro alio; et præterea postulat vendere speciem suam pro pecunia a se petita, ut sic actor cogatur eam rem emere. Jam dixi neque aliud pro alio invito creditore solvi posse, nec quemquam invitum cogi emere aut alio modo cum quoquam contrahere. *d. L. 2. §. 1. si cer. pet. d. L. nec emere*, *C. de jur. del. d. L. sicut*, *C. de oblig. et act.* in quam sententiam nos plura ad *d. §. in bonæ*, *Inst. de act.*

XXIII. Secundum exigimus, ut pecunia quæ pensatur sit debita, ut sit compensatio id quod dicitur, debiti et crediti contributio. Debitam pecuniam hic accipere debemus, ut est usus juris, quæ aut jure exigi potest, aut natura tantum debetur. Et eam quidem, quæ jure civili, et actione in eam rem proposita potest exigi, nemo negat vere esse debitam, et in compensationem deduci posse. At quid si exigi tantum possit jure prætorio, et eo nomine quod quis debeat ex contractu alieno, non suo? qualis est, quæ ex contractu filiorum servorumve peti potest a patre dominove actione de peculio: sed satis est, pecuniam exigi posse. Quocunque jure, et quacunque actione id fiat, eam vere debitam dixeris: si modo recte definitur debitor is, a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor*, *D. de verbor. significat.* Ideo et omnem hanc pecuniam quæ ex contractu servi aut filiifamilias debetur, adversus dominum et patrem his agentibus in compensationem venire placet ad finem modumque peculii, ad cujus scilicet quantitatem conveniri isti possunt actione de peculio. *L. debitor*, *D. de compens.* Nisi tamen dominus ex contractu servi, pater ex contractu filii agat: quo casu iidem ex eodem contractu in solidum tenentur. Probat enim emptionem servi, qui ex ea agit, in qui probat, tamquam qui jubet, in solidum tenentur. *L. si cum filiofamilias*, *D. eod.* *L. cum fundus*, §. 1. *D. si cert. petat.* *L. si servus*, *D. de ædil. edict.* Quinimo etsi qua pecunia non proficiscatur ex obligatione, nec principaliter peti possit, sed tantum ex officio judicis accedat: placet nihilominus, quia exigi potest aliquo modo, hactenus debitam videri, eoque et pensari posse: quale est, quanti mea interfuit certo loco pecuniam dari quæ alio loco a me petitur. *L. pecuniam*, *D. de compens.* Quæ si omnia in compensationem deduci possunt, tunc cum prius de his judicio agi non cœpit: poterit et tunc, et quidem multo magis, cum de his antea cum actore agi cœpisset, et lis esset cum eo contestata: tametsi actor litigando de his controversiam faceret, quasi non deberentur. Sententia est Caji in *L. in compensationem*, *D.* de comp. *ne*, inquit, *diligentior quisque de-* te-

torum vel res debita, Donell. *ad* §. 30. *I. de act. n.* 12. *et ad L. ult. Cod. h. n.* 2. Sed et in Commodati act. iisdem conditionibus compensationi locus est, si re amissa vel deteriorata in æstimationem aut pecuniam reus condemnandus, Donell. *in d.* §. 30. *n.* 10. Harprecht. *ibid. n.* 10. Pac. 4. *Q.* 44. licet in ipso commodato, quatenus pro re commodata accipitur, locus nunquam sit; M. Lycklama *Studios. Jur. Velit.* 3. *Quæst.* 20. *p.* 140. Atque sic *L. ultim.* accip. *C. de Commod.* quod res ipsa commodata pro pecunia debita jure compensationis retineri nequeat, Donell. *d. n.* 10. tum quia in species illa non cadit, tum quia res commodata in dominio potius est actoris *L.* 8. *et seq. Comm.* quam ipsi debita Pac. 4. *Q.* 44. Nec concedendum Cujac. *ad* 2. *Sent. Pauli* 12. *et* 9. *Obs.* 37. constitutionem eam corruptam in Triboniani manus incidisse, cum *commendati* legere debuerit, et ideo eam, et alieno loco positam et mendosam relictam. Quem licet sequantur Borch. *de Usur. Cap.* 3. *n.* 17. et Bus. 5. *Subtil.* 16. *ac ad L.* 18. §. *ult. Commod. n.* 5. justius notant Forner. 2. *Select.* 14. Hotom. 1. *Amicab.* 21. Donell. noster *ad d. L. ultim. n.* 3. Mercer. 1. *Opin.* 14. Lycklama *d. Quæst.* 20.

20) Quid si ex una parte quantitas simpliciter, ex altera ea quæ ad instar speciei se habet vel certum corpus nummorum designatum ex. gr. 100. quæ in arca habeo debeantur? Fachin. 1. *Contr.* 6. compensationem negat. Contrarium verius puto et quia eadem omnino æquitatis ratio hujus juris caussa *L.* 3. *h. t.* nec jure ita obtinente depositum excipere necesse, in quo eadem nummorum corpora reddenda. Quas rationes Fachineus satis non elidit.

terioris conditionis habeatur litem contestando, *si compensatio ei denegetur.* Hoc ille ex regula juris. Neminem persequendo et litem contestando deteriorem conditionem suam facere, sed plerunque meliorem. *L. non solet, L. nemo enim, D. de reg. jur.* Sed in his omnibus minus nimirum est pecuniam dici debitam, et in compensationem deduci, cum possit exigi etiam ab invito. Nos autem amplius dicimus, etsi quid peti non potest, si vel natura [21] debetur, etiam venire in compensationem. *L. etiam, D. de comp.* Ut, si a me decem petas, recte tecum pensabo alia decem quæ mihi pacto promiseris: etsi ex pacto naturaliter tantum es obligatus. *L.* 5. §. *Imperator, D. de sol.*

XXIV. Illud debitum ad compensationem non pertinet, uti nec vere debitum est, quod jure civili summo debitum removeri potest per exceptionem. Idque est, quod dicitur, quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non venire. *L. quæcunque, D. de comp.* Ut, si mihi vere debueris decem, de quibus pactus sim ne peterem, aut judicio sis absolutus, aut me deferente juraveris te non debere, quibus nominibus tibi sunt exceptiones pacti, rei judicatæ, jurisjurandi; ea tecum pensare non possum, etsi jure civili summo adhuc debeas: idque propter exceptionem, qua actio jure constituta removetur. *Inst. de exc.* Quippe, ut in hoc genere civilis obligationis supra docuimus, quod ita debetur, nullo jure debetur re vera. *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* Non jure civili, quia non est actio, quæ effectum non habet: non habet autem, quæ exceptione summovetur. Non natura; quia non est æquum præstari: argumentoque est exceptio, quæ ideo comparata est, quia iniqua est petitio. *Inst. de exc.* in princ. et deinceps. Sed quodcunque debitum volumus venire in compensationem, placet tale esse debere ut sit præsens non in diem.

XXV. Quod in diem debetur, compensari non potest antequam dies venerit. *L. quod in diem, D. de comp.* At enim in diem debitum, etiam ante diem deberi constanter traditum est a veteribus. *L. cedere, D. de verbor. significat. L. in diem, D. de cond. indeb.* quinimo et ante diem dari oportere scriptum est in *d. L. quod in diem, de comp.* Et ne id sine effectu dici putemus, qui creditori prosit, placet in diem debitorem ita debitorem esse, ut ante diem solutum repetere non possit. *d. L. in diem, de cond. indeb.* Sed nihil horum facit, ut ante diem admitti debeat ejus crediti compensatio. Quod enim dicitur in diem debitum etiam ante diem deberi, hactenus verum est, ut debeatur si debitor velit, et ultro præstet, quod interim debetur. Invito eo non debetur. Est enim dies pro debitore: proinde ejusmodi, ut liberum quidem sit totum medium tempus debitori ad solvendum; at non ita, ut commodum et interusurium ejus temporis invito possit auferri. *L. eum qui Calendis,* §. *ult. D. de verb. oblig. L. quod certa, D. de solut.* §. *plus autem,* vers. *tempore, Inst. de action.* Cur ergo valet id debitum ad retentionem interim soluti; ad compensationem non valet? In promptu ratio est: quia qui ante diem solvit: volenti solvit: quod recte fit, valetque ad solutionem debiti. Cui autem compensatio objicitur ante diem, invito objicitur, postulaturque ab eo, ut id debitum pro pensato habeat, quo et ipse mutuo debito liberetur. Quod nihil aliud est, quam petere ab invito, ut ante diem solvat, cum pensatio habeatur pro solutione. Hoc autem exigere ante diem non licet.

XXVI. Sed sciamus de die obligationi adjecto hoc dictum esse: ad diem judicatis datum non pertinet. Ut puta: qui mihi in decem condemnatus erat, et acceperat constitutum judicatis ad solvendum tempus, is intra id tempus a me petit decem, vere illi debita. Jure pensabo illa decem, quæ mihi ex caussa judicati debet, tametsi judicati dies nondum exierit. Hoc Papinianus in *L. cum militi,* §. 1. *D. de compensat.* quia, inquit, hic dies obligationis dies non est, sed humanitatis gratia tempus indultum solutionis. Quo significat in tempore judicati nihilominus præsentem esse obligationem, et præsens debitum: ut mirum non sit, si id debitum, uti et alia præsentia, prosit debitori ad compensationem: argumento esse, quod tempus solutioni indulgetur humanitatis gratia; dum scilicet id agitur, ut condemnato, conventoque, et de pecunia expedienda laboranti succurratur ad eam conficiendam. Nulla autem esset humanitas solutionis dilationem dare ei, qui eam obligationis jure quæsitam sibi haberet: cum hoc ipsum juris ratio exigeret.

XXVII. Sed huic rationi Papiniani, ac proinde universæ superiori sententiæ obstat, quod

21) Ergo si pater filio in potestate mutuo dederit et sic naturaliter obligaverit; ac is postea emancipatus credendo patrem civiliter obliget, compensatio dabitur, Don. *ad L.* 4. *C. h. n.* 3.

quod traditur regula juris, Indultum a jure beneficium non esse alicui auferendum. *Cap. indultum, de regul. jur. in* 6. Esto enim, dies judicatis datus non sit obligationis: at certe beneficium est judicatis a lege indultum. *L.* 2. *L. intra, D. de re judic. L. ultim.* §. *ult. C. de usur. rei jud.* Quo fit, ut ne hoc quidem judicato sit auferendum. Ego autem totum id recte dici et colligi concedo. Nego ideo superiori sententiæ adversari. Etenim cum condemnato qui intra tempora judicati agit, objicitur compensatio, non ideo aufertur ei beneficium dilationis illi indultum; quia agenti non indulgetur, sed judicati actione convento. Est enim omnino hæc caussa dilationis, quod condamnatus solvere debet, eoque nomine nunc convenitur; humanum est autem laboranti reo succurri, ut sit ei aliquod tempus idoneum ad comparandam pecuniam, ne hac non inventa, quod statim difficile est, de rebus suis periclitari cogatur. Hæc caussa cum sit beneficii, apparet ei agenti, et ultro adversarium lite pulsanti idem beneficium non indulgeri. Non enim idem favor est actoris, qui rei. Reus laborat non suo facto, sed ab alio pulsatus, cui respondere cogitur. Naturalis est autem pro laborantibus favor, ut Quintilianus scripsit: in eoque est illa humanitas, quam dixi. Actor vero alium petit, et volens, non ulla necessitate judicii coactus, cum sit in ejus potestate non agere. *C. ut nemo ag. vel accusa. cogatur. L. qui in alterius, D. de regul. jur.* Neque aliena pulsatio adjuvanda est neque excusationem quisquam meretur in eo facto, cujus necessitatem sibi imposuit. *L. si fidejussor,* §. *penult. D. qui satisd. cog. L.* 2. *si quis tamen, D. si quis caut.* Unde merito dictum est, favorabiliores esse reos quam actores. *L. favorabiliores, D. de regul. jur.* Porro in beneficiis tribuendis hæc definitio juris certi tenenda est, quoties caussa aliqua, aut persona locum facit beneficio, ibi caussa aut persona deficiente beneficium quoque deficere. *L. in omnibus caussis id observatur, D. de regul. jur.* Quod si condemnato agenti hoc beneficium temporis jure non datur, non potest dici per compensationem ei auferri, quod ante non habuit. *L. non videtur rem, D. de reg. jur.*

XXVIII. Tertium exigimus in pecunia quæ pensatur, ut sit debita ei, qui pensatione utitur, non alii. Ejus quod ei non debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest, ut est definitio *L. ejus, C. de compensat.* Quod non ita dicitur, quasi quisquam objicere non possit compensationem ejus pecuniæ, quæ alii debetur, invito eo; quod certe dubitationem non habet, cum nemo possit quidquam detrahere alterius obligationi. *L. filius, L. debitorum, C. de pact.* sed ut ne possit objicere etiam volente eo, cui pecunia ab eodem creditore debetur. Itaque quanvis creditor actoris exsistat, qui pro eo qui convenitur, velit pensare quod sibi ab eodem actore debetur, juste creditor hanc compensationem recusabit. *L. in rem,* §. 1. *D. eod.* Nec quisquam hic moveatur exemplo solutionis. Potest quidem quivis pro debitore solvere et ignorante et invito: *L. solvere, D. de solut.* et compensatio pro solutione esse dicitur. *L.* 4. *C. de comp.* sed compensatio aliis in rebus pro solutione recte habeatur invito creditore: in hac re non habetur, ut nec in aliis partibus, quæ compensationem non admittunt. Nec injuria. Compensatio enim ut maxime habeatur pro solutione: non est tamen vere solutio; ut non debeat pro solutione admitti, si quid sit vel minimum, quod debitori objici possit, cur non videatur ipse solvere, quod fit, si quid offerat, quod non ipsi debeatur, sed alii. Et certe inter naturalem alterius numerationem, et compensationem ex persona alterius objectam multum ad utilitatem creditoris interest: nam creditor cui pecunia numeratur, accipit: cui pecunia pensatur, nihil accipit.

XXIX. Plane si cum filiofamilias contracta sit, exempli gratia, societas, et eo nomine cum filiofamilias socius agat: recte filius pensabit, quæ patri ex ea caussa debentur: quia et unus contractus est, et si quid hic debetur patri, perinde habendum est, quasi deberetur filio; quia ipse contraxit, et per eum quæsitum est patri. Solum hoc exigetur a filio in hac compensatione, ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum, quod filius pensaverit. Hoc Paulus ad hanc sententiam in *L. si cum filiofamilias,* in fin. *D. de comp.*

XXX. Non videtur procurator in rem suam datus compensationem objicere ejus quod non sibi, sed alii debetur, si objiciat compensationem ejus pecuniæ, cujus actiones illi cessæ sunt. Etsi enim ea pecunia debetur adhuc veteri creditori directis actionibus: tamen debetur magis huic procuratori propter utiles actiones in eum translatas; in quibus ipse domino [22] præfertur. *L. procuratore in rem, D. de proc.* Bene igitur Papinianus respondit, pro-

22) Vid. Don. *ad L.* 9. *C. h. t.* Briss. *Lib.* 2. *de Sol. de Compens. p.* 421. Cujac. 24. *Obs.* 37. A. Fab. 12. *Conj.* 6. Leonh. Coppel. *de Comp. C.* 3. *n.* 10. *et seqq.*

procuratorem in rem suam datum post litis contestationem (quo maxime tempore dominus litis efficitur. *L. procuratoribus. L. nulla. C. de proc.*) si vice mutua conveniatur, æquitate compensationis uti posse. *L. in rem,* in pr. *D. de comp.* compensationem intellige ejus pecuniæ, cujus nomine tanquam procurator agit. Id autem dicit, cum posset in proposito dubitari, num videretur procurator idemque debitor objicere compensationem ejus pecuniæ, quæ domino, id est alii non ipsi deberetur. Quod hic non fieri ostendimus.

XXXI. Quartum exigimus, ut pecunia debita sit ab eo creditore, cui compensatio objicitur. Volumus enim ei pecuniam solvi, et ut nunc loquimur ei pensari. Absurdum sit in compensatione pecuniam alii solvi et pensari quam ei a quo compensatione liberari volumus. Et ideo si duo sint heredes, ex quibus unus decem a me petat, quæ ei debeo, non recte pensabo quod mihi debetur, licet debeatur ab ejus coherede. *L. cum heredi, D. de comp.* Hac de caussa responsum est, si tutor pupilli nomine quid petat, non posse ei compensationem objici ejus pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine adversario debeat. *L. penultim. D. de compens.* Quippe tutore agente, nomine pupilli, pupillus est proprie qui agit, non tutor: ut proinde non possit hic pensari quod adversario debetur ab alio, quam a pupillo. Sit igitur hoc jam constitutum, non alius rei compensationem posse objici, quam pecuniæ, et ejus quæ debita sit ei unde petitur, ab eo cui compensatio objicitur. Dum autem ejusmodi pecunia sit, eam recte in compensationem deduci.

XXXII. Quid tamen si pars tantum debeatur ejus quod petitur? Non immerito hoc loco quæretur; an pro ea parte objecta compensatio admittenda sit, an vero tantum ad compensationem offerri oporteat, quantum debetur, id est totum. Exempli gratia petis a me centum quæ debeo: debes mihi vicissim quinquaginta. Possumne horum quinquaginta compensationem tibi objicere, ut liberer in quinquaginta compensationis jure, et sola quinquaginta maneant in obligatione: an vero nihil agitur, nisi et centum mihi debeas, quorum compensationem tibi objiciam? Movet quæstionem exemplum solutionis. Docuimus enim supra partis solutionem non admitti invito creditore. *L. obsignatione, C. de solutionib. L. tutor, §. Lucius, D. de usur.* Atqui compensatio non alia de caussa valet, quam quod pro solutione est. *L. 4. C. de compensat.* Esto igitur et in compensatione jus idem, ne et hæc objecta pro parte admittatur. Sed placuit admitti: nimirum ut qui centum debet, si ei debeantur tantum quinquaginta, compensatio fiat usque ad concurrentes utrimque quantitates, id est quinquaginta, et pro his solis liberatio nascatur. *L. 4. C. de com. L. cum alter. L. debitor. D. de compensat.* Et recte, neque hoc dissimiliter a vera solutione. Nam et cum accipienti creditori pars solvitur, pro ea parte liberatio contingit. *L. 9. §. 1. D. de solutionib.* atqui et in compensatione hoc evenit, ut si pars tantum debeatur a creditore, quam debitor illi pensare velit, sit jam ea pars apud creditorem, quam cum volens retineat, perinde sit, quasi et volens eam acceperit. Facit igitur exemplum, ut pro ea parte quæ jam apud eum est debitor debeat liberari. Et quod dicitur partis solutionem non admitti invito creditore, de eo dicitur, quod creditor nondum accepit, et oblatum accipere recusat.

XXXIII. Hæc de rebus ad compensationem pertinentibus, dum hoc quæritur, quæ admittant compensationem aut non admittant. Superest objiciendæ compensationis tempus, quod et ipsum certum constitutum est constitutione Justiniani, *L. ult. C. de comp.* inducta in eam rem hac distinctione. Cum quæritur, quo tempore objici possit compensatio, seu compensatio objicitur liquida sit, an non sit: quæ verba sunt ejus *L. ult.* vel ut idem expressit in §. *in bonæ, Inst. de act.* refert, utrum ea caussa jure aperto nitatur an vero non nitatur. Si caussa objectæ compensationis liquida est, licet, ut olim, quovis tempore compensationem opponere, id est, non tantum tempore litis contestatæ, ut exceptiones solent: sed quovis tempore ante rem judicatam, quavis ante sit omissa: quinimo et post rem judicatam. Sic enim et olim jus erat, ut qui judicati conveniturr, eo ipso momento quo petitur executio rei judicatæ, posset compensationem implorare. *L. 2. C. de comp.* Quod jus non mutat Justinianus, si ex caussa liquida compensatio postuletur. Et recte hoc et nunc, et olim. Nam idem fieret, si constaret debitorem vere solvisse: semper enim solutione liberatus recte negaret se debere id, in quod condemnatus est. Compensatio autem pro soluto est.

XXXIV. Quod si caussa ex qua pensatur, liquida non est, concessit Justinianus compensationem objici non tantum initio in lite [23] contestanda, sed et postea, dum tamen prius-

23) Quod si in lite contestanda objecta, vult Don. *ad L. ult. C. h. t. n. 9. et ad §. 30. I. de act. n. 9.* non tantum compensationem

priusquam adversarius probarit sibi deberi. Re autem ab illo approbata, non admisit. In quo jus ab illo inductum est novum. Nam cum antea compensatio haberetur pro soluto ipso jure, liceat autem quovis tempore objicere solutionem, et aliam quanvis liberationem ipso jure partam: id negavit compensationi, si ex caussa non liquida objiceretur: quo scilicet frustrationibus debitorum, et moratoriis ambagibus, qui sæpe quæsito prætextu mutui debiti incerti, moras nectunt, occurreret, ut ipse testatur in constitutione sua. In quo cum concesserit initio saltem uti exceptione compensationis, quanvis ex caussa non liquida; id sic accipiemus, ut exceptione compensationis initio opposita, in eo jure reliquarum exceptionum utamur: scilicet, ut cum adversarius probaverit sibi deberi, liceat debitori redire ad compensationis exceptionem, et ad eam probandam, quantumcunque non sit liquida admittatur. Hoc jus in cæteris omnibus exceptionibus initio contestatis receptum est. *L. si quidem*, *L. præscriptionem*, *C. de exc.* Multo magis recipiendum in compensatione, quæ plus tribuit debitori ad liberationem, quam cæteræ exceptiones.

XXXV. Caussa ex qua compensatio objicitur, liquida [24] est, sive jure aperto nititur, quæ et justa est debendi caussa, et vera, et talem esse constat, aut cito et facile probari potest. Justa caussa est debiti, si qua est ex iis caussis ex quibus obligatio nascitur; ut si quid dicatur vicissim deberi ex caussa mutui, venditi, legati. Vera est quæ talis est, ut dicitur. Sed ut talem esse constet, exigimus, aut ut possit postea facile judici probari. Sic enim Justinianus in *d. L. ult.* liquidam interpretatur, quæ possit judici facilem exitum sui præstare. Talem esse constabit in præsentia, si adversarius confiteatur: fit enim res certa et minime controversa ejus confessione. *L. si quidem*, *C. de except. L. ult. C. quib. ad lib. proclam. non licet.* Facile judici probari posse eam accipiemus, quæ vel hodie probari potest: cujusmodi probatio ut expeditissima etiam in caussis omnem alioqui moram repudiantibus recepta est: *L.* 3. in pr. *D. ut in pos. leg.* aut potest non sine mora, sed tamen sine ea, quæ adversario damnosa sit. Hujusmodi probatio est, quæ transigatur intra tempus quod debitori datum sit ad solvendum. Hinc est, quod dicitur, qui conpensationem opponit fisco, intra [25] duos menses debitum sibi docere debere. *L. aufertur*, §. *qui compensationem*, *D. de jur. fis.* Cur enim intra duos menses? quia tantum spatium debitoribus fiscalibus datum est ad solvendum. *L. in fraudem*, §. *fiscalibus*, *D. de jur. fis.* Quo exemplo æquitatis non immerito idem probabimus in omnibus debitoribus etiam condemnatis qui compensationem opponant, et intra id tempus quod judicatis dari solet, expediant debiti sibi probationem.

XXXVI. Cum superiora concurrent, et in personis, inter quas de compesatione agitur, et in rebus ad compensationem pertinentibus, et in tempore hujus opponendæ: tum demum in ea caussa est compensatio, ut jure objici possit, et opposita admittatur etiam invito creditore. Hoc tamen, nisi jam ante in alia petitione objecta sit ea compensatio. Nam quæ alicui petitioni semel destinata est, non potest in cæteris objici. *L. quod Labeo, D. de compensat.* Admissæ compensationis vis ea, quæ paucis, nihil tamen ut desit, comprehensa est in [26] *L. 4. C. de compensat.* ut compensationem pro soluto haberi oporteat ipso

eo casu admitti, quo obiiciens bonam fidem agnovit, quia tum actor in uno relevatus, ab onere probandi, in altero gravari debeat, ut interpretes vulgo, sed etiamsi initio inficiatus sit debitum (1) quia reiicitur in *d. L. ult.* sub conditione, si post multa certamina pars jam pene convicta. Ergo ea cessante recipitur (2) per verba: *jure stricto utentes.* Stricti juris ratio hæc ut exceptio initio non contestata, deinde opponi nequeat, antea autem contestata quaudocunque possit. (3) Jure veteri non dubium quin ita fuerit. At id tantum mutatur, ut compensatio minuat ipso jure actionem si aperto jure nitatur. Ergo si non aperto, etc. non minuit quidem ipso jure, opponi tamen potest per exceptionem. (4) Si alia exceptione debitor utatur, dandum ei spacium ad probandum. Ergo et si hæc quæ justissima. (5) Negans se debere et dicens tamen si debet solvisse, auditur, etsi solutio non liquida *L. 1. C. de prob.* Ergo, quia hæc vice solutionis, A. Fab. *ad L. 3. §. 4. de neg. gest.* Olim cujuscunque debiti ad quodcunque, sive liquidum sive non, compensatio *d. §. 4.* (quod et probat noster *ad §. 30. I. de act. n. 7.* quia si ipso jure liberat, ut solutio, utique actio sublata, et tantum eo res redit ut solutio probetur) Postea *L. ult. C. h. t.* liquidi ad liquidum obiici potest, non autem liquidi ad non liquidum. Quod si ex utraque parte liquidandum quid et quantum debeatur, nil vetare, ait, etiam hodie obiici *L. 8. §. 2. de neg. gest.*

24) Vulgo liquidum esse, de quo apparet quid, quale, quantum sit, per *L. certum 6. de reb. cred. L. 75. de V. O. L. 5. §. 1. Quibus ex Caus. in poss. eat.* Ut et de quantitate constet et de caussa obligationis, Jo. Koppen *Q.* 34. seu de justitia caussæ et veritate, Don. *ad. d. §. 30. n.* 8. qui *et ad L. ult. C. h. n. 6. et seq.* Liquidam caussam fieri (1) confessione adversarii (2) Genere constitutionis si adversarius factum fateatur, jus autem apertum neget (3) Celeritate probationis.

25) Ita Bart. ref. Menoch. 2. *Arb. C.* 14. et Don. *ad d. §. 30. n.* 8. ubi æque ac hic probat et *ad L. ult. C. h. n.* 8. (ubi a se dissentiens eam opinionem reprobat) ita tamen si et condemnato idem tempus daretur ad judicatum faciendum. Sed Don. *ad d. L. ult. n. 7.* eo ipso die vult afferri probationem debere, Menoch. *d. C.* 14. judicis arbitrio hoc tempus relinquit. Sane Aug. Saxonum Elector *Nov. sua* 8. *P.* 1. (qua rebrebat eos qui Juri Saxonico compensationem ignotam putarunt, vid. *Diff. Jur. Civ. et Sax.* 19. *P.* 1.) exigit ut ex confessionis instrumentis aut actis conventionis ita liquida sit, ut nulla alia probatione indigeat.

26) *L. 4. Qui pot. in pig. L. 19. de lib. ca.* Hinc licet conditiones in forma implendæ, jussus tamen solvere compensando satisfacit *L.* 20. §. 2. *de statulib.* Moll. *ad d. Nov. Elect. Sax. n.* 1. Quia tamen vera hæc solutio non est, sed ficta *L.* 45. ibi *quasi dederit de cond. et dem.* inde infert Tiraq. *de Retr. lign.* §. 5. *Gl.* 3. *n.* 6. eum qui se soluturum juravit, compensatione uti non posse. Et *CC.* ref. Gutierez. *de Juram. confirmat. P.* 3. *C.* 4. *n.* 3. quia juramentum efficiat ut obligatio sit præcisa, et quia deposito objici vetat exuberan-

ipso jure ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur usque ad concurrentes quantitates. In quo triplicem vim dici animadvertere licet: ut habeatur scilicet compensatio pro soluto: ut habeatur ipso jure: ut habeatur non ex eo tempore, quo primum objicitur, sed ex quo utrinque pecunia deberi cœpit: quæ singula qualia sint, et quam recte constituta, videamus.

XXXVII. Primum, ut sæpe jam diximus, placet compensationem pro soluto esse. Recte. Solvit enim debitor, qui creditori suo pecuniam numerat liberandi sui caussa. Nihil autem interest, utrum numerem creditori meo pecuniam, an vero meam quæ apud eum est, aut quam possum ab eo exigere, patiar apud eum esse tanquam numeratam liberandi mei gratia. *L. qua ratione*, §. *interdum*, *D. de acq. rer. dom. L. singularia*, *D. si cert. pet.* atque id fit in compensatione, dum pecuniam mihi a creditore invicem debitam volo apud eum manere eum liberans, pensationis et solutionis caussa, quo ab ea obligatione qua illi teneor, vicissim liberer. Quare hæc pensatio tanquam numeratio merito pro solutione habenda est. Hinc illa, quam aliquoties apud Papinianum legimus, *æquitas compensationis, est æquitas quæ merum jus compensationis inducit. L. in rem*, *D. de comp. L. inter*, *D. de adm. tut.* Merum, idest, verum et sincerum jus compensationis.

XXXVIII. Huic rationi atque æquitati consequens fuit secundum illud, ut compensatio haberetur pro solutione non simpliciter; sed ipso jure. Satisfactio quidem pro solutione esse dicitur, dum et satisfactione debitor liberatur. *L. satisfactio*, *D. de solut.* Sed sæpe pro solutione est per exceptionem, non ipso jure: ut, si creditor aliquo officio debitoris provocatus paciscatur ne ab eo petat: unde pacti exceptio tantum debitori. *L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pign. act.* At compensatio pro solutione est ipso jure, ac non tantum per exceptionem: quia et ipsa numerationem quandam brevi manu continet. Itaque etiam jam olim ante tempora Justiniani ita jus obtinuerat, ut compensatio [27] ipso jure invicem pareret liberationem. *L. verum. L. si ambo*, in prin. *L. posteaquam*, *D. de comp. d. L.* 4. *C. eod.* Nam quod Justinianus scribit in §. *in bonæ Inst. de act.* se induxisse, ut compensationes quæ aperto jure nituntur, actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: non sic accipiendum est, quasi induxerit simpliciter, ut compensatio actionem minueret ipso jure: constat enim et antea jus idem fuisse: sed accipiendum cum adjuncto quod sequitur, ut minueret scilicet isto modo actionem in omni genere actionum, id est, non tantum in actionibus in personam, quod et olim fiebat, sed et in actionibus in rem, [28] quod ante receptum non erat. Significat quidem Justinianus in *d.* §. *in bonæ*, temporibus divi Marci ita jus dici solitum, ut in stricti juris judiciis opposita doli mali exceptione compensatio induceretur, idque quodam ejus Imperatoris rescripto de compensatione comprehensum fuisse scribit. Sed hoc sive dubium jus fuit, sive a sequentibus Imperatoribus mutatum, certe postea contra [29] obtinuisse constat, ut compensatio induceretur ipso jure, ut dixi, idque jus diserte cautum esse rescripto Alexandri in *d. L.* 4. *C. de comp.* usurpatum pro certo ab Ulpiano et Paulo, qui sub eodem Imperatore vixerunt, in *d. L. verum. L. si ambo*, *L. posteaquam*, *D. de comp.* Quid est igitur, quod Paulus scribit in *d. L. verum.* Eum cui partis compensatio objici potest, si totum petat, male petere: cum is dicatur male agere, cui debetur quod petit, etsi aliquo modo petat male: cui autem nihil debetur ipso jure, dicatur non male agere, sed nihil facere? *L.* 1. in fin. *D. quand. di. ususfru. lega. ced.* Recte Paulus, et sibi ac priori-

tior illius fides, magis jurisiurandi illius religio. Contra tamen et his et aliis occurrentes Martin. Uran. *in C. ad nostram de Jurejur. n.* 10. Fachin. 1. *Contr.* 7. Moll. *ad d. Nov. Sax.* 8. *n.* 1. Setser. *Lib.* 1. *de Juram. Cap.* 25. *n.* 100. *et seqq.* Coppel. *de Compens. C.* 4. *n.* 26. *et seqq.*

27) Cujac. 8. *Obs.* 16. Duar. *hoc tit. Cap.* 2. A. Fab. 12. *Conject.* 9. Molinæ. *Tr. de Usur. Quæst.* 43. *n.* 522. P. Bus. 7. *Subtilit.* 11. *et ad L.* 2. *et* 4. *hoc tit. n.* 1. Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 64. *n.* 7. scribens contra tam apertas legum decisiones contendere, non esse leges interpretari, sed novas condere. Non vero sensus est quod sine ullo hominis facto teneat, etsi non objiciatur, ut Martinus volebat, sed sine ope exceptionis, quam initio contestari necesse non est, Donell. *ad L.* 4. *C. h. t. n.* 7. *et seq.* Datur enim ei qui paratus est compensare *L.* 2. *h. t.* Nam nisi objiciatur, judex vaticinari non debet reo aliquid vicissim deberi: Unde condemnabit eum, sicuti et iterum conventum qui solvisset, solutione non allegata condemnaret. Et multa ipso jure inducta, requirunt hominis factum sive ministerium, Vasq. *d. n.* 7. Ac scite Pac. 4. *Q.* 73. aliam questionem esse an compensetur, non nisi facto hominis si et adversarius desideraverit, et judex approbaverit, qui ex caussa reprobare potest *L.* 7. §. *ult. h. t.* Aliam si admissa quomodo compensetur: ipso jure ut retro vim habeat, non ex quo opposita vel admissa *L.* 11. *et seq. D. L.* 10. *C. h. t.*

28) Quod probat Cujac. 15. *Obs.* 12. contrarias LL. dissolvens, qui tamen 8. *Obs.* 16. quæ continentur, in *L. ult. C. h. t.* fuisse jam ante recepta.

29) Ante constitutionem Marci in strictis nec ipso jure fiebat, nec ope exceptionis, Cujac. 8. *Obs.* 16. quia in illis formulæ adstrictus judex, Duar. *h. t. C.* 1. nec quid alterum alteri, sed quid reum actori dare oporteret cognoscebat, cum etiam mutuæ petitiones, seu reconventiones, in iis judiciis coram eodem judice usitatæ, Copp. *de Compens. C.* 7. *n.* 4. Post cœpit fieri constitutionem Marci per exceptionem doli, quæ judicium strictum bonæ fidei efficit. Denique constitit eam ubique ipso jure fieri, Cujacius 8. *Obs.* 16. qui vid. *et* 15. *Obs.* 1. et Coppel. *d. n.* 4. *et seqq.* et Donell. noster qui aliter *ad d.* §. 30. *n.* 4. *et* 5.

ribus convenienter. Is enim in universum male agit, qui petendo quod sibi debetur ipso jure, plus tamen petit quam debetur. Id vero accidit ei non solum qui tempore, loco, aut caussa plus petit, sed etiam qui plus re: tot enim modis plus petitur. §. *plus autem*, *Inst. de act.* Re autem plus petit, qui cum pars tantum ei debeatur, totum petit. *d.* §. *plus autem.* Atque is est, de quo Paulus loquitur. Cui enim de parte compensatio objici poterat, is totum petebat. Male igitur, quia plus, quam debebatur. Sed nihilominus verum est, quatenus compensatio objici potuit, eatenus ei cui objici potuit, ipso jure nihil debitum fuisse. Quod si is peteret, cui de toto petito opponi posset compensatio; ut dicimus ei in totum nihil deberi ipso jure, ita sane si peteret, diceremus eum non male agere, sed nihil facere, ut ante objiciebamus. Manebit igitur, compensationem pro soluto haberi ipso jure: idque jus non primum inductum esse constitutione Justiniani, sed et temporibus Alexandri, Ulpiani, Pauli pro certo et explorato habitum fuisse. Utrum dicatur compensatio ipso jure pro solutione esse an per exceptionem, hoc refert, quod si placeret ita eam haberi per exceptionem, non liceret eam etiam in caussa liquida opponere, nisi in lite contestanda, aut si plurimum ei tributum vellemus, non nisi ante rem judicatam: sic enim jus certum est de exceptionibus opponendis. *L. si quidem*, *L. præscriptionem*, *C. de exc. L. peremptorias*, *C. sentent. resc. non poss.* quod et in exceptione compensationis servari oporteret. Nunc cum dicamus compensationem pro soluto esse ipso jure, et quod idem est, debitorem per compensationem tanquam solutione liberari ipso jure; fit illud, quod ante diximus, ut quandoque opponi possit non tantum ante sententiam, sed etiam in ipsa [30] executione judicati, *d. L.* 2. *C. de comp.*

XXXIX. Tertium illud ad vim compensationis pertinens, ut compensatio pro solutione habeatur ex eo tempore, quo pecunia utrinque deberi cœpit, dubitari potuit, an ideo esset admittendum, quia compensatio numerationem quamdam in se haberet. Dici enim potuit ex eo tempore eam habere, quo primum objicitur: quasi debitore tunc primum pecuniam numerante, cum vult pecuniam sibi debitam pro soluto esse. Dignum est igitur notatu, quod placet non exinde primum compensationem pro soluto haberi ipso jure, cum objecta est; sed ex quo primum objici potuit, id est, ex quo primum cœpit pecunia utrinque deberi. *d. L.* 4. *C. de comp.* Quod est æquissimum. Nam et tunc primum eam pecuniam habere cœpit creditor, ex quo eam debuit: et concedendum est debitori ex illo ipso tempore creditorem ab ea pecunia liberare: proinde et eam pecuniam exinde pro soluta habere, ut creditor tanquam ea solutionis nomine accepta et liberetur ea præstatione, et liberatus suo jure pecuniam retineat. Est autem longe utilissimum id de compensatione ita intelligi. Valet enim ad res multas, in quibus præcipue spectatur utilitas hujus partis. Prodest autem in summa ad accessiones rei debitæ ex eo tempore tollendas; ad solutum per errorem post id tempus repetendum; ad procuratorem absentis compensatione ex persona domini utentem satisdatione exonerandum. Prodest, ut dixi, ad accessiones exinde tollendas; puta, usuras, fidejussores, pignora. De usuris ita res habet. Debui tibi pecuniam sub usuris ante quinquennium; per quod tempus omne usuras non præstiti. Sed et tu ex eodem tempore tantundem sortis nomine mihi debebas. Si post quinquennium petas quod tibi debeo; compensatione opposita ejus pecuniæ quam mihi debebas, consequar, ut liberer non solum a sorte quam debui, sed etiam ab usuris jam inde ab initio illius quinquennii, ita ut ejus temporis totius nec usuras præstare debeam. Idque ita est, quanvis tu mihi pecuniam debueris sine usuris, atque hoc modo majoris summæ liberationem consequar compensatione, quam tu. *L. cum alter*, *D. de comp. dict. L.* 4. *C. eod.* Neque hoc cuiquam videatur contra æquitatem compensationis plus unum ex compensatione consequi, quam alterum. Nunquam enim in sorte et principali obligatione plus unus consecutus fuerit, quam alter: cum compensatio admittatur solum usque ad concurrentes pecuniæ utrinque principaliter debitæ quantitates. *d. L. cum alter*, *d. L.* 4. Sed sorte soluta, aut quod idem est, pensata, atque hoc modo sublata principali obligatione, necessario hoc evenit, ut tollantur accessiones. *L. in omnibus speciebus*, *D. de solutionib.* in quibus sunt usuræ. *L. eos*, in princ. *C. de usur.* Qua ratione hæc ipsa usurarum liberatio sorte pensata etiam adversus fiscum admissa est. Multoque magis eidem liberationi locus erit per compensationem utriusque summæ concurrentis,

30) *L.* 16. §. 1. *D. hoc tit. L.* 7. *de re jud.* Ant. Capyc. *Decis. Neap.* 167. Moll. *ad Nov. Sax.* 8. *P.* 1. *n.* 5.

tis, si invicem sit usuraria pecunia, diversæ tamen usuræ. *L. idem*, *D. de comp.* Pertinet hoc idem et ad fidejussores: qui debitore per compensationem liberato jam inde ex eo tempore, ex quo debitori pecunia invicem deberi cœpit, recte dicturi sunt quandoque conventi, se jam tum ex omni contractu eo minus debere et quidem ipso jure. *L. verum*, *D. eod.* Unde eveniet, ut si fidejussori vicissim quid debeatur a creditore, possit eligere, ex utrius persona velit compensare, sua, an rei principalis: et si utrique debitum velit compensare, sit audiendus. *L. si quid*, *D. eod.* Quo exemplo probanbum est similiter et in præteritum illud tempus liberari pignora; ut quandocunque postea aliis eadem obligata fuerint, recte dicturi simus hos in pignore non tam priores, quam solos esse. Prodest secundo loco jus superius ad solutum a debitore repetendum. Si quis, inquit Ulpianus, compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto. *L. si ambe*, §. 1. *D. de comp.* Recte quasi indebito soluto. Nam si compensationis jure debitor liberatus fuit jam inde ex quo illi pecunia invicem deberi cœpit, exinde nihil debuit: ut necesse sit quodcunque postea eo nomine solvetur, indebitum solutum videri. Hinc ergo indebiti soluti condictio. Quod tamen secundum legem hujus condictionis perpetuo sic accipiendum erit, si is qui solvit ignorans sibi tantumdem deberi solverit. Sciens indebitum, aut in jure errans si solvat, non repetit. *L. indebitum*, *C. de cond. indeb.* *L. cum quis*, *C. de jur. et fact. ign.* Sed quid necesse est, dicet aliquis, hic indebiti condictionem quærere, quam debitori demus, cum is si pecuniam a se solutam condicere non potest, possit tamen certo petere eam quæ sibi invicem debetur, quæ eamdem summam efficit, idemque illi præstat? Nam cum ea pecunia nondum illi soluta sit, constat in eam illi semper veterem actionem integram manere. Et esset inutile, si ei qui compensare potuit, ac propterea indebitum solvit, semper pecunia invicem deberetur, jure civili, ut et peti posset. Sed finge fuisse tantum natura debitam. Nihilominus et hæc venit in compensationem, ut diximus. Unde nec minus per hujus compensationem fit, ut debitor sit liberatus, et si idem solvit, indebitum solvat. Quæ ergo hic spes ejus pecuniæ recipiendæ? Nulla, nisi indebiti condictionem dabimus; quoniam debitæ pecuniæ petendæ nulla sit actio, cum natura tantum deberetur. Quam ob caussam et hic condictionem indebiti esse utiliter monemur: efficiturque ex priore illa liberatione compensationis, quæ statim post pecuniam utrinque debitam ipso jure nata est. Postremo prodest hoc idem jus procuratori absentis ad eum compensatione utentem satisdatione de rato exonerandum, ut Paulus ostendit in *L. posteaquam*, *D. de comp.* Idque fit hoc modo. Absentis procurator convenitur judicio a creditore domini. Cum domino absenti invicem pecunia deberetur a creditore, procurator ejus pecuniæ compensatione opposita creditorem petentem summovet. Postulat ab eo creditor ex edicto *de procuratoribus*, ut quoniam instituit hanc actionem nomine domini, caveat dominum ratum habiturum. Sic enim edictum est, quacunque actione quis agat absentis nomine, eum debere satisdare dominum ratum habiturum. *L. servum*, §. *ait*, *L. non solum*, §. 1. *D. de proc.* Negat Paulus procuratorem in proposito de rato cavere debere: quia, inquit, cum quod invicem debetur, compensetur ipso jure, procurator in hac caussa *nihil compensat*, *sed ab initio minus ab eo petitur*. Sensus est: cum liberatus sit dominus jam ante ipso jure, hic procurator non compensat, id est, compensationis actionem instituit, sed tantum negat dominum debere, ut et vere non debet. Hæc infitiatio non est actio.

XL. Sed meminerimus omnem hanc vim compensationis constitutam esse ei debitori, qui compensationem objiciat, eaque uti velit. *L. 2. L. si quid*, *D. de compens.* Quid ergo, si debitor cui tantumdem debetur, non utatur compensatione, an ideo actio pecuniæ ei debitæ illi perierit: quasi compensatione non opposita declaraverit sibi nihil deberi? Et certi juris est, ei qui compensatione non est usus, nihilominus semper salvam esse veterem petitionem. *L. quod in diem*, §. 1. *D. eod.* Quidni? nam si ideo non est usus compensatione, quia nescivit sibi vicissim tantumdem deberi, non potest dici omisisse eam persecutionem, quam sibi competere ignoravit. *L. mater*, vers. *cæterum*, *D. de inoffic. testa.* Si ideo non est usus, quia noluit; quid caussæ dici potest, cur ideo eam obligationem remiserit: cum sit in ejus potestate, omissa compensatione solvere quod debet, et petitionem ejus quod sibi debetur in aliud tempus reservare? *L.* 3. *D. eod.* Sed si hoc ita est, cur inducta est compensatio? Sic enim videtur compensatio inutilis futura, cum alia via possit debitor ad suum pervenire. Respondetur in *L.* 3. *D. eod.* quo occurritur huic dubitationi; ideo compensationem necessariam esse (intellige si quis optime

me sibi consultum velit) quia interest nostra potius compensare, atque ita naturaliter non solvere, quam solutum postea repetere, aut petere id, quod ante debebatur. Recte. Nam qui non solvit, habet pecuniam, quam retinet, atque hoc modo semper de ea securus est. Qui autem repetit indebitum solutum, aut sibi debitum petit, fieri potest, ut id non consequatur, vel quia res illi sit cum homine litigioso et veteratore, vel quia interim debitor efficiatur non solvendo, ut sunt humani casus.

XLI. Quid, si debitor conventus compensationem recte opposuit in judicio, sed judex nihilominus contempta allegatione eum condemnavit? An etiam tunc salva erit debitori vetus actio, an vero illi obstabit sententia judicis, quasi qui eum condemnando tacite pronuntiaverit non esse eum liberatum, ac proinde nec invicem ei quidquam deberi? Et de eo exstat distinctio in *L. quod in diem*, §. 1. *D. de compen.* in hanc sententiam; interesse, an rationem compensationis judex non habuerit, id est, an ita rejecerit compensationem, quasi ei in proposito [31] locus non esset: an vero reprobaverit compensationem quasi non exsistente debito, id est, an admissa cognitione de compensatione inquisierit, an debitori vicissim quid deberetur, et tandem repudiata quasi nihil ei deberetur compensatione, eum condemnarit. Priore casu salvam manere petitionem: quia nec rei judicatæ exceptio objici possit: nihil enim hic judex de debito quod vocatur in pensationem, judicavit: qui ne de eo cognovit quidem. Posteriore non manere: tunc enim rei judicatæ debitori nocere exceptionem: utpote in eo debito, de quo judex pronuntiavit, absolvitque eum a quo dicebatur deberi.

31) Puta quia caussa non liquida, altiorem requirens indaginem. Ant. Fab. *ad L.* 8. §. 2. *de neg. gest.* vid. Coppel, *h. t. C.* 9.

C A P. XVI.

Voluntate unius ex reis ab obligatione discedi non posse: consensu omnem obligationem solvi posse: et quo consensu.

I. AC de solutione dictum est, deque iis factis, quæ pro solutione habeantur etiam invito creditore, opportuna oblatione rei debitæ, obsignatione solemni, compensatione. Quæ prior ratio fuit tollendæ obligationis ex eo genere; in quo opera reorum et facto obligationem tolli diximus. Altera species erat hujus generis ad liberationem, reorum consensus. Sic enim proposuimus, reorum opera et facto omnem obligationem aut tolli solutione et si quæ solutionis vicem obtinent, aut dissolvi consensu.

II. Recte consensu, non simpliciter voluntate. Nam consensus est duorum voluntas in eamdem rem: qui si a reis ad dissolvendam obligationem adhibetur, est amborum reorum voluntas in commune id agentium, ut ab obligatione discedatur: atque hoc modo obligatio solvi potest. Voluntas intelligi potest unius ex reis voluntas ab obligatione recedere volentis. Hoc vero modo solvi obligatio lege liberationum communi non potest. Ex qua relinquitur solus consensus, quo extra solutionem in hoc genere recte solvi obligationem dicamus. Quod ut plane sit constitutum, ante omnia sic habendum est, jure obligationum communi unius ex contrahentibus voluntate invito altero ab obligatione recedi non posse.

III. Id sub exemplo emptionis et venditionis definitum ita est in *L.* 3. *C. de rescin. vend.* de contractu emptionis et venditionis jure perfecto, alterutro invito, nullo tempore recedi licere ne ex rescripto quidem principis. Ac quo minus dubitetur id ratum esse sine ulla exceptione, quæcunque caussæ ab alterutro afferantur ad discedendum ab emptione: colliguntur eo titulo variæ caussæ, propter quas præcipue dici possit æquum esse id venditori aut emptori concedi, atque in singulis respondetur id ipsum quod supra nullam earum caussarum efficere, quo ab emptione recedatur invito altero. Quales sunt; si venditor dicat se coactum necessitate alicujus muneris, aut inopia rei familiaris rem vendidisse, negetque eam necessitatem sibi fraudi esse debere; de quo in *L. non idcirco*, *eod. tit.* si dicat se minoris vendidisse errantem, dum caussatur vires locorum sibi fuisse incognitas: de quo in *L. quisquis*, *eod.* si emptione recte et ex fide contracta nunc prætio restituto, aut etiam duplo oblato emptionem rescindere postulet: de quo in *L. non est probabilis*, et *L. ratas*, *eod.* Et quid si fiscus venditor, aut civitas idem petat; quibus constat multa singulari favore concessa esse legibus? Et ut superiores caussæ remorentur suprascriptis locis, ita non minus hoc idem denegatur fisco. *d. L.* 3. *eod.* Plus dicimus; etsi emptor pretium non solvat; quo facto videri possit indignus, cui venditio servetur; placet tamen ne hoc quidem satis esse venditori, cur eo desiderante emptio rescindatur, solumque ei actionem pretii, non eorum quæ dedit, repetitionem competere. *L. si non donationis*, *L. empti*, *C. de cont. empt. L. ea*, *conditione*, *C. de res. vend. L. venditi*, *C. de act. empt.* Hæc ergo de emptione et venditione ad superiorem sententiam accommodata.

IV. Sed non est consistendum in hoc exemplo. Universi generis definitio hoc loco tenenda est, quæ traditur in *L. sicut*, *C. de obligat. et action.* liberam esse cuique potestatem habendi vel non habendi contractus: renuntiare autem semel constitutæ obligationi adversario non consentiente neminem posse. Et hoc plane obligationis naturæ et definitioni consequens est. Est enim obligatio juris vinculum, quo obligatus obstringitur necessitate rei solvendæ, *Instit. de obl.* in princ. Sequitur igitur, ut qui obligatus est,

non

non sit ei liberum sua voluntate ab obligatione recedere. Nam si hoc illi liberum est, non habet necesse quidquam præstare: evitabit enim hanc necessitatem obligationi renuntiando. Nunc autem necesse habet præstare. Non est igitur ei liberum ab eo obligatione sua voluntate discedere.

V. Sane in mandato, et societate aliter observatur. Mandatum enim et revocatione mandantis sola, et sola renuntiatione ejus qui mandatum suscepit, solvitur. §. *recte*, *Inst. de mand.* Solvitur et singulorum sociorum renuntiatione societas. §. *manet*, *Inst. de soc.* Sed hæc in his contractibus proprio quodam et singulari eorum contractuum jure recepta sunt. Quod jus proprium cum versetur etiam in nonnullis aliis generibus obligationum, puta in accessionibus, ut semel de toto eo genere liberationis transigatur, mihi constitutum est de eo separatim et in commune dicere ad extremum, cum de jure communi liberationum dixero.

VI. Nunc de jure isto communi quærimus; quod quidem ex conditione obligationis tale est, ut si quis obligatus sit, is necesse habeat solvere: necessitate solvendi obstrictus non possit sua voluntate et renuntiatione hanc necessitatem defugere. Quod si ita est, efficitur id quod supra posuimus, extra solutionem et ea facta, quæ pro solutione habentur, ita solvi obligationem posse reorum opera, ut tollatur quidem voluntate eorum, sed voluntate mutua, id est, consensu; non aliter.

VII. Atque hoc modo omnem obligationem solvi posse, generibus subjectis postea patebit. Tantum refert in hac re, qualem hunc consensum esse velimus: tum ubi et quatenus esse ac valere intelligatur. Et non quovis consensu quævis obligatio solvitur. Alias solvitur obligatio nudo consensu, alias non nisi cum legitimus aliquis actus idoneus ad consensum accesserit. De quo ex genere obligationis contractæ æstimandum est. Si qua obligatio consensu solo consistit, placet et hanc nudo consensu dissolvi. Cæteras non aliter, quam si ad consensum accesserit idoneum id, quod diximus: quod quale sit, dicetur postea suo ordine.

VIII. In quo veteres secuti sunt naturæ ordinem et formam in rebus tollendis, quam et illi in hac re statuerunt regula complexi: atque ita definiunt; nihil tam naturale esse, quam eodem genere quodque dissolvi, quo colligatum est rebus in contrarium actis: ideoque verborum obligationem verbis tolli: nudi consensus obligationem contrario consensu dissolvi. Hoc in *L. nihil tam naturale. L. ferre*, *D. de reg. jur.* Hinc ad dissolvendam obligationem nata illa distinctio consensus, quam superius posuimus. De qua cum appareat statui ex genere obligationis, dum hoc spectatur, consensune, et eo sola consistat, an aliter: hunc ipsum ordinem generum obligationis et nos hoc loco in obligatione consensu dissolvenda sequemur.

CAP. XVII.

Quæ obligationes consensu solo dissolvantur, et quibus conditionibus, Et inter alias conventiones ad consensum pertinentes. De addictione in diem; et De Lege commissoria.

Naturalis omnis, et civilis ea, quæ ex consensu constat obligatio, contrario duntaxat consensu dissolvitur. I.

Naturalis plene, atque ipso jure. Exponitur L. Stichum §. Naturalis D. de solut. II.

Civilis ita, si 1. *consensu dissolvatur utriusque partis. An si arrham cedat, discedere emptor posse, invito venditore.* III.

2. *Si talis conventio in re contrahenda interponatur, vel contracta obligatione, sed re integra, Quando res integra.* IV.

Quæcunque pactio, seu conditio incontinenti adjecta, ex qua discedatur ab obligatione actionem perit, nedum exceptionem. V.

Contrariis occurritur. VII.

Quæ id genus conventiones. VI. VIII. IX.

Transitio et aditus ad seqq. capita. IX.

I.

I. DUo sunt genera earum obligationum, quæ consensu solo consistunt, sive hoc modo contrahantur ab initio, sive aliunde contractæ, tamen non nisi [1] volentem et consentientem debitorem tenent: naturalis omnis et civilis ea, quæ nascitur ex iis contractibus, qui consensu fieri dicuntur, id est, consensu solo, in quibus esse diximus hos; emptionem et venditionem locationem et conductionem, societatem, mandatum, pecuniam constitutam, pactum donationis. Nam quod ad naturalem obligationem attinet, etsi hæc multis aliis ex caussis nascitur, quam ex consensu, ut in hoc genere obligationis docuimus: tamen contracta non nisi consensu debitoris consistit, cum adversus invitum nulla sit ex hac obligatione actio. *L. fidejussor*, *§. fidejussor*, *D. de fid. L. naturales*, *D. de obl. et act.* Et in his quoque generibus, atque horum generum partibus, reperiemus constanter superiorem regulam servari, ut in omnibus obligatio nudo consensu contracta, aut quæ nudo consensu stabat, nudo consensu contrario solvatur.

II. Naturalem quidem obligationem hoc modo ipso jure tolli scribit Papinianus in *L. Stichum*, *§. naturalis*, *D.* de sol. *Naturalis obligatio*, inquit, *ut pecuniæ numeratione*, *ita* [2] *justo pacto*, *vel jurejurando ipso jure tollitur:* quod nihil aliud est, quam consensu solo tolli. Nam pactum est duorum placitum et consensus *L.* 1. *D. de pact.* Jusjurandum autem etiam conventionem habet, valetque et ipsum ex conventione. *L. sed etsi servus. L. qui jurasse*, seq. *§. ult. D. de jur.* Reddit quidem Papinianus eodem loco aliam rationem hujus liberationis: nempe hanc, *quod vinculum*, inquit, *æquitatis*, *quo solo sustinebatur* naturalis obligatio, *conventionis æquitate dissolvitur.* Sed non minus verum est ideo solvi, quod vinculum istud æquitatis solo consensu consistat: non enim, ut dixi, nisi volentem et consentientem tenet. Addit Papinianus ibidem: *ideoque fidejussor quem pupillus dedit*, *ex istis caussis liberari dicitur.* Intellige, pupillo qui naturaliter tantum obligatus erat, ex istis caussis liberato. Principali enim obligatione sublata, quæ pupilli fuit, necesse est eodem jure et accessiones liberari, ut fidejussores. *L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* Cæterum cum ipso fidejussore pupilli si pactum interponatur, ne ab eo petatur, si deferente creditore juret nihil se debere, non liberabitur ipso jure, sed per pacti solum aut jurisjurandi exceptionem. Ipse enim etsi naturali obligationi accessit, civiliter tamen et verbis obligatur. Neque vero verborum obligatio a consensu aliter quam verbis tollitur, *d. L. nihil tam*, *D. de reg. jur.*

III. Non minus eodem consensu tollitur et civilis omnis obligatio nudo consensu contracta. Idque est, quod tot locis legimus, ab emptione venditione, locatione conductione; cæterisque similibus obligationibus consensu nudo eorum, qui inter se obligati sunt, recedi posse. Item, emptionem et venditionem, cæterasque similes obligationes, ut consensu nudo contrahuntur, ita contrario dissolvi. *L. ab emptione*, *D. de pact. L.* 1. *L.* 2. *C. quam lic. ab empt. dis. L.* 2. *L.* 5. *§. ultim. D. de rescind. vendit. §. ultim. Inst. quib.*

1) Non hæc omnino placent. Nam et obligatio naturalis suo modo necessitatem præstationis continet, ut supra *Lib.* 12. *C.* 1. *et* 2. Planeque adversum hoc naturæ et substantiæ cujuscunque obligationis ut sit voluntaria *L.* 8. *de O. et A.*

2) Id est licito, honestoque, LL. non improbato, ut recte Coras. 1. *Misc.* 1. *n.* 5. Duarenus *de Pact. C.* 2. Govean. 2. *Var. lect.* 26. Briss. *Lib.* 3. *de Sol. p.* 448. *et seq.* Forst. *de Pact. C.* 2. Q. 6. Greg. Lopez. *Anim. Cap.* 9. *n.* 7. Male Alc. *locis* a Forst. *citatis* exponit vestitum seu non nudum. Male Charond. 1. *Verisim.* 4. et novissime Fach. 13. *Contr.* 23. legitimum. Quod refellit Coras. Briss. et Lopez. *dd. locis* quia jurijurando comparatur *d.* §. 4. Et jurisjurandi conventio justa dicitur *L.* 39. *de jurej.* quæ tamen prætoris tantum jurisdictione sustinetur, nec lege confirmata. Eodemque sensu justa conventio *L.* 40. §. 1. *L.* 52. §. 2. *de pact.* Denique in *d.* §. 4. agitur de obligatione naturali per naturalem modum dissolvenda non per civilem. At hac ratione acris pugna inter *d. L.* 95. §. 4. et *L.* 27. §. 4. *de pact.* Ita sane est. Unde Zas. *ad d. L.* 27. §. 2. conqueritur hanc pugnantiam perstrinxisse oculos, obnupsisse ingenia omnium antiquorum glossatorum. Distinctionem verissimam et expeditissimam puto inter pactum de petendo, seu obligatorium, de quo *d.* §. 4. quod posteriore tollitur, et de non petendo, seu liberatorio, ex quo quæsita debitori exceptio ipso jure posterioris pacti vi non eliditur *d.* §. 2. Quæ Azonis distinctio, licet Zasio reprobata, probari videtur Goveano 2. *Var. Lect.* 26. Eodemque tendit solutio Ant. Fabri *ad d.* §. 2. Exceptio ex pacto de non petendo non potest alio pacto tolli, quia in pactis factum versatur: Exceptio non minus ac actio juris est. Obligatio naturalis sola ex pacto de petendo, nec potest aliter tolli quam ipso jure, quia nec exceptioni locus esse potest, quippe præsupponenti actionem, quæ ex priore pacto nata non est. Accedit quod exceptio, ut et alii effectus naturalis obligationis, quos a LL. accommodatos habet, sint civiles ut firmavi *supra Lib.* 12. *C.* 2. *N.* 15. Ideoque nulla vera est contrarietas, inter *dd.* §§. quia diversa sunt subjecta. In *d. L.* 27. §. 2. dicitur pactum non elidi ipso jure, scilicet quoad exceptionis effectum, de qua ibi, et quæ non ex omni pacto, sed liberatorio. At in *d.* §. 4. habetur naturalem obligationem ex pacto scilicet, qua id actum, ut alter obligaretur, tolli. Inter diversa igitur pacta hac in re discrimen, non inter duplicem ejusdem pacti vim, ceu vult Pac. 1. *Quæst.* 97. et Fach. 10. *Contr.* 96. Nec satis explicate Zas. *d. lo. n.* 20. posterius pactum tollere quidem obligationem naturalem ipso jure *d.* §. 4. sed non civilem, non exceptionem prioris pactionis: non reducere naturalem obligationem, quæ in principali contractu extincta. Non displicet tamen quoque conciliatio Ræv. 2. *Var.* 6. talis: Quod eodem jure tollitur, quo ligatum est, ipso jure tollitur. In stipulatione per ipsum jus, civile intelligimus, ex quo illa constat; in pacto naturale. Ergo pactum per pactum tollitur ipso jure citra prætoris opem, si hoc actum est. Contra tolli non potest ipso jure, si etiam hoc actum est, ne tollatur. Ipso jure igitur si prius pactum non ad civilem obligationem pertineat aut actionem pariat, ut *d.* §. 2 sed naturalem nudam contineat obligationem, ut *d.* §. 4. Ubi ut tollatur per exceptionem aut replicationem ne potest quidem fieri, natura obligationis non patitur (recte hoc et superioribus convenienter) Ast in *d. L.* 27. §. 2. contractus mutui in caussa est, ne pacto posteriore prius elidatur, et hoc actum est, ut tollatur per replicationem. Quia enim prius pactum, quod facti est tollere contractum non potuit, salva principali obligatione, ni pacti exceptione repellatur actor, condemnaretur reus statim. Et nisi replicatione pacti de petendo reus rursum excludatur, absolvendus omnino esset. Aliter Briss. *Lib.* 5. *de Sol. p.* 549. Vacon. 1. *Declar.* 19. *et seq.* Bello. 2. *Suput.* 1.

quib. mod. toll. oblig. Sed in eo suæ sunt conditiones. Ac prima illa, quam posuimus, ut discedatur ab his obligationibus utriusque partis consensu. Semel perfecta emptio invito altero ex contrahentibus, quidquid illi offeratur, resolvi non potest: quæ prope sententia est *Tit. C. de rescin. vend.* sed præcipue expressa in *L.* 5. et 6. *eod. tit.* Denique generaliter illud tenendum est, quod est in *L. sicut, C. de oblig. et act.* sicut ab initio libera potestas est habendi vel non habendi contractus: ita renuntiare semel constitutæ obligationi adversario non consentiente neminem posse. Proinde etsi emptor arrham dederit, et paratus sit arrhæ cedere, ut ab emptione discedat, non audietur: cum nec si duplo amplius offerret, audiretur. *d. L.* 6. *C. de ref. vend.* Quid est igitur, quod dicitur in *L. contractus*, in fin. *C. de fid. inst.* et *Inst. de empt. et vend.* in prin. si sine scriptis emptione contracta, venditor venditionem recuset, cogi arrhas duplicatas reddere: emptorem autem si ab emptione recedat, arrahas amittere? Potestne hæc esse pœna nisi cum invito adversario ab emptione receditur? Nam utroque consentiente receditur impune. Dicendum est, his pœnis locum esse adversario quidem discessionem admittente, non aliter: sed tamen admittente non simpliciter, sed hac conditione, ut venditore discedere volente emptor duplum arrharum recipiat: emptore autem discedente venditor arrhas acceptas sibi habeat, de quo plura scripsimus ad *d. L. contractus, C. de fid. inst.*

IV. Sed etsi placeat contrahentibus ab emptione contracta, et similibus conventionibus discedere: accedunt tamen et aliæ conditiones duæ; quibus non impletis nec consensus contrahentium resolvat obligationem: Ex quibus una est ex re, et præsenti statu obligationis ducta, si consensum sit rebus integris. Altera ex persona contrahentium, si inter eos consensum sit, quorum uterque potuit alterum liberare: de quibus dicam ordine. Ex tribus igitur conditionibus propositis secunda hæc est, si consensu recedatur ab his obligationibus rebus integris, seu re integra. *d. L. ab emptione, de pact. d. L.* 1. et 2. *C. quand. lic. ab em. disc.* Quod tum fieri interpretandum est, cum hic ipse consensus, quo placet ut a contractu discedatur, interponitur re integra. Res contractus [3] integra esse intelligitur, cum quæ res ex eo contractu præstari debent, nondum sunt secutæ, ut ab alterutra parte præstarentur; quales sunt in emptione a venditore res vendita, ab emptore rei pretium; a quibus tunc rem integram esse dicimus, cum neque a venditore res tradita est, neque ab emptore pretium solutum. *L. ab emptione*, illic, *nec quidquam*, *D. de pact.* §. *ult. Instit. quib. mod. toll. obligat.* Ut hoc modo res sit integra, duobus temporibus accidere potest: initio contractus, et obligatione jam contracta. In initio quidem semper; cum scilicet negotium adhuc geritur, contrahitur; nondum autem contractum perfectumve est. Non enim dici potest ex contractu quidquam præstari, ubi nondum ullus contractus est. Nec præstari ex obligatione, ubi nondum est contracta. Postquam autem obligatio contracta est, non semper res integra. Est tamen aliquando: non enim semper statim præstantur invicem, quæ ex ea caussa debentur. Sic fit, ut consensus de rescindenda solvendave obligatione duobus temporibus interponi possit re integra, totidemque modis utilis sit ad resolvendam obligationem. Uno, si interponatur in initio, et tempore contractus, seu in re gerenda, et negotio contrahendo, et quod veteres etiam dicunt, in continenti, seu ex continenti. Altero, si interponatur obligatione jam contracta, nondum tamen ulla præstatione necessaria insecuta. Prius tempus quin habeat sine exceptione rem integram, ex iis quæ diximus, nulla dubitatio est. Ne hoc quidem dubitari potest in facto, quin qui emptionem et venditionem contrahunt, sæpe inter se paciscantur, ut si quis casus acciderit ab emptione discedatur, ut constet quæcunque ejusmodi pactio interponetur initio, eam et re integra et quo emptio rescindatur, dissolvaturve, interponi. Restat, ut hoc de jure dubitetur, utiliterne interponantur ejusmodi pactiones in re contrahenda quo ab obligatione quandoque recedatur. Atqui hoc jus multo minus dubium est, quam superiora. Quo efficitur, quandocunque ejusmodi pactione initio interposita ille casus exstiterit, quo placebat ab obligatione recedi, eodem tempore, et resolvi obligationem, idque contrario consensu, utpote interposito utiliter, et re integra.

V. Jus ita est, de quo dictum est suo loco: quæcunque pactio in emptione venditione et similibus contractibus bonæ fidei initio, seu in continenti adjicitur; seu in re gerenda et negotio contrahendo; hanc dare legem contractui, hujus partem esse: proinde

3) *L.* 3. *pr. D. da resc. vend.*

de ut partem contractus, ita valere non solum ad exceptionem, sed etiam si quid inde præstandum sit, quod petitione indigeat, ad actionem. *L. jurisgentium*, §. *quinimmo*, *D. de pact. L. in bonæ. L. legem. C. de pact. L. initio. L. tempore. C. de pact. int. empt. et vend. comp.* Id jus et ad eas conventiones pertinet, si quæ interponantur ejusmodi, quo certa conditione ab obligatione habeatur. Quare et hæ servandæ sunt non minus, ut existente quandoque conventionis conditione, ita uti convenerat obligatio rescindatur illo consensu: quem et valere constat, et maxime interpositum rebus integris, quia nondum re contracta.

VI. Huc illæ conventiones referri debent, omninoque ad hunc consensum, et eam dissolutionem obligationis, de qua agimus, pertinent, quæ tam varie occurrunt in emptione et venditione, quibus ab initio interpositis id agitur, ut recedatur ab eo contractu. Cujusmodi sunt hæ: Si intra certum tempus res vendita emptori displicuerit, ut liceat reddere. *L. si convenit*, 6. *D. de rescin. vend.* Item, ut sive venditor, sive heredes ejus emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, res vendita his restitueretur: quod vulgo appellant [4] pactum de retrovendendo: de quo in *L.* 2. *C. de pact. int. emptor. et vend.* In quibus placet conditionibus supra scriptis exsistentibus ita resolvi obligationem, ut non solum in priore emptor de pretio, si forte id nondum solvit: in posteriore autem venditor, si quid adhuc desit ad præstationem, non sit eo nomine obligatus: sed etiam re secuta ambo actionem habeant ad repetendum quod dederint: emptor ad pretium, venditor ad rem traditam recipiendam.

VII. Et notandum utroque in loco id est *d. L. si convenit*, *de rescin. vend. d. L.* 2. *C. de pact. int. empt.* actionem ex ipso contractu dari: emptori ex empto, venditori ex vendito: et simul præscriptis verbis. Quorum utrumque mirum prima facere videri potest. Nam primum quo modo actio ex empto aut vendito ad resolvendam emptionem, cum sit hæc actio comparata ad emptionem confirmandam? Respondebimus etiam eam actionem, qua ex his conventionibus agitur, vere pertinere ad confirmandam emptionem, esseque adeo ex ipsa emptione. Nam et proficiscitur ex superiore conventione, et datur ejus confirmandæ caussa. Porro hæc ipsa conventio pars est emptionis. Ita necesse est, cum de ea parte agetur, etiam ex emptione, simul et emptionis confirmandæ caussa agi videri. Sed cum id agatur superioribus conventionibus, ut recedatur ab emptione, quæ tandem emptione rescissa atque hoc modo sublata, potest inde actio superesse? Diluit Pomponius in *L. sed Celsus*, 6. §. 1. *D. de cont. empt.* Verba quidem significant id agi, ut in totum ab emptione recedatur. Sed alia mens est contrahentium: a quibus id agitur, ut hactenus saltem servetur conventio, quo per eam si quid abest, repetere liceat. Hæc autem conventio, ut dixi, pars est emptionis. Proinde actum, non ut omnis obligatio empti et venditi solveretur, sed ut hactenus maneret, quo hæc pars servaretur. Quod nisi ita esset, conventio esset inutilis: quod nequaquam contrahentes voluerunt. Porro *in rebus emptis et venditis*, inquit Pomponius, *potius id quod actum*, *quam id quod dictum sit*, *sequendum est.* Enimvero cur admissa in his conventionibus ex empto aut vendito actione ad repetendum, quod emptor aut venditor dedit, nihilominus placet in eamdem rem esse actionem præscriptis verbis: cum traditum sit præscriptis verbis non agi, nisi cessantibus vulgaribus actionibus, et cum proprium nomen invenire non possumus? Et de eo respondi in *Libro de præscriptis verbis actione*, *C.* 2. Neque nunc ad hunc locum valde pertinet, sed potius ad vim pactorum referendum est, de qua dixi supra suo loco. Sint ergo dicta hæc obiter, quia superiores conventiones postulabant. Redeo ad alias conventiones hujus generis.

VIII. Tales sunt igitur conventiones quæ usurpabantur in mancipiis vendendis. Ut, cum servus exportandus venibat, id est hac lege ut exportaretur certum in locum, neque inde excederet: si contra fieret, rediret ad venditorem, aut manum servo injicere. Item, cum ancilla distrahebatur hac lege, ne prostitueretur: si adversus legem prostituta esset, rediret ad venditorem, aut manus injectio esset. Item, cum servus ita alienabatur, ut manumitteretur, aut contra. Quæ conventiones quid continerent, quamque pœnam injicerent contra facientibus, aut quid servis ipsis venditis tribuerent, quæsitum est: de

quo

4) De quo vid. Donell. noster *ad d. L.* 2. Coras. 3. *Misc.* 2. Hart. Hartm. *L.* 2. *Tit.* 22. *Obs.* 4. *et seq.* Hot. 6. *Obs.* 14. Zoanet. *ad d. L.* 28. Gail. 2. *Obs.* 16. fuse Tiraq. *de Retr. convent.* Covar. 3. *Var. Res.* 8. *et* 3. *seqq.* Gomez. 2. *Resol.* 2. *n.* 27. *et seqq.* Fach. 2. *Contr.* 11. *et seqq.* Rauchb. *P.* 1. *Q.* 19. A. Fab. 9. *Err. Prag.* 9. *et* 10. *et Decade* 10. *Err.* 2. qui et diversam esse pactionem *d. L.* 2. propositam a vulgato redimendi pacto contendit et 22. *Err. Prag.* 2. 3. 4. *item* 6. *et seqq.*

quo propriis titulis constitutum est, estque id argumentum horum titulorum Codicis. *Si servus exportandus veneat : Si mancipium ita venierit, ne prostituatur : Si mancipium ita fuerit alienatum, ne manumittatur, vel contra.* Ejusdem argumenti titulus in Pandectis, *De* [5] *servis exportandis, vel si mancipium ita venierit, ut manumittatur, vel contra.* Ipsi loci lectione contenti erunt: tantum ut moneamur, quem locum obtineant in rescissione emptionis superiores conventiones.

IX. Tales sunt conventiones in reliquis rebus, cum convenit, ut si quid non fecisset emptor, aut si quis casus alius accideret, abiretur ab emptione, vel res esset inempta: cujusmodi exempli plenus est *tit. Codicis de pact. int. emt. et vend. comp.* Sed inter has maxime frequentes, et præter cæteras celebratæ duæ, Addictio in diem, et Lex commissoria: de quibus etiam cum propter utilitatem, tum propter nonnullam obscuritatem, quæ hic explicanda sit, separatis titulis agitur, ex professo in Pandectis: ubi hi tituli extant ad rescindendam ex harum conventionum consensu emptionem pertinentes, *De in diem addictione*, et *De lege commissoria.* quorum et nos summam propter eamdem utilitatem et difficultatem paucis et quam dilucidissime poterit, exsequemur.

5) In quo tit. ut hoc obiter, non vere pugnant *L.* 6. §. 1. *et* L. 7. quasi Papinianus suam sententiam, quæ in *d. L.* 7. traditur, correxerit *d.* L. 6. §. 1. ceu putat Cujac. 2. *Obs.* 37. et Paul. Bus. 6. *Subtil.* 15. *n.* 8. Sed nec *d.* §. 1. per *L. seq.* aboletur, ut vult Gothof. *in not. ibid.* Nam in *d. L.* 6. *in fin.* agitur utiliter non ad pœnam integram, quanta in obligationem deducta est, exsolvendam, sed quanti minoris propterea servus venditus. Non hoc negat *d. L.* 7. sed tantum *vindictæ* (hæc vocula notetur) ratione actionem non concedit ad integram videlicet pœnam. Imo illi consequens dicitur superfore remedium ad id persequendum, quanti intersit venditoris ad pœnam alii promissam. Idem igitur erit, si aliam ob caussam æque intersit, puta si alias pluris venditurus. Quod etsi ibi non adjicitur, ex alia tamen proxima L. supplendum. Quin etsi de eo nullibi uspiam, ex ratione tamen legis eo extensio facienda esset *L.* 12. *et seq. de LL.*

C A P. XVIII.

De in diem addictione.

I. IN diem [1] addictio ita fit, ut est in *L.* 1. *D.* de in diem add. *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.* His verbis apparet id agi, ut fundus non sit emptus: et uno verbo ut sit inemptus, si alius intra constitutum diem meliorem conditionem attulerit. Hinc res ostendit duo hic quærenda esse. Primum quando videatur exsistere hæc conditio, ut ea exsistente res fiat inempta. Secundum, cum constiterit ex conditione rem inemptam factam, quid valeat hæc rescissio, id est, quid venditori tribuat cum de re, tum de rei commodis, neque id solum in futurum, sed etiam in præteritum tempus, quo nondum melior conditio allata erat: de quibus eodem ordine cognoscendum est.

II. Et res fit inempta ex supra scripta conventione, si alius intra statutum diem meliorem conditionem attulerit, ut verba demonstrant. Hæc conditio paucis verbis absolvitur: sed multa continet, idcirco diligentius animadvertenda, quia non statim ex superioribus verbis se aperiunt, nec cuivis sunt obvia. Et quanquam tradita sunt a veteribus; tamen et perturbate id factum est, ut ex scriptis eorum in hunc titulum relatis apparet, et singula per se explicationem ac collectionem certiorem desiderant, quo intelligatur, quomodo ex superiore condictione effecta

1) Addicere scribit Cujac. 3. *ad Afric. in L.* 18. *hoc tit.* est auctione constituta, rem constituere penes eum, qui pluris licitus fuerit. Addicere in diem est rem penes emptorem collocare hac lege, nisi quis intra certum diem meliorem conditionem attulerit. Adjicere est meliorem conditionem afferre (Unde adjectio *L.* 11. *in fin. pr. h. t.* auctarium quod summæ prioris pretii adfertur, Connan. 7. *Comm.* 9. *n.* 5. scribens male inde quosdam vitiosam rubricam, *de in diem adjectione* defendere.) Abjicere est adjectionem non recipere *L.* 9. *h. t.* Traducta hæc appellatio ad venditiones privatas a publicis hastis, seu auctionibus, quibus post 20. dies res addicitur illi qui plus licitatus *L.* 4. *et t. t. C. de fi. instrum. et jure hast. fisc.* ad quas eadem a judiciis et addictione, seu condemnatione ac adjudicatione Prætoris translata, Connan. 7. *Comm.* 9. *n.* 5. Wes. *in Par. h. n.* 1. Plura de verbo addicendi Catell. Cotta. *in Memoral. v. addictio.* Ant. Aug. 2. *Emend.* 2. Pius Anto. Bartolin. *Auctar. Cap.* 47. Benvenut. Straccha *Tr. de Adjecto P.* 1. *n.* 6. *et* 7. Gothof. *in not. ad Rub. h. tit.*

cta sint aut quomodo præter verba hic admissa. Continet autem superior conditio sex conditiones, si particulatim colligantur; effectus partim verbis, partim sententia contrahentium.

III. Prima conditio ad rescindendam ex superiore conventione venditionem et rem inemptam faciendam est, quam verba aperte ostendunt, si alius emptor exsistat: non enim adfertur ab alio melior conditio, nisi alio emptore exsistente qui hanc adferat. Sed hic videndum, quem hunc alium et secundum emptorem esse velimus, ut hoc non exsistente maneat prior emptio: exsistente autem ab emptione recedatur. Ac primum satis intelligitur hic emptorem dicere nos verum, non falsum: quoniam falsus emptor, et qui se talem simulet, non est emptor. Proinde si falsus emptor subjectus sit, priori res erit empta. *L.* 4. §. *cum igitur*, *D. eod.* Quid tamen si venditor aliquam subjecerit, et dum simulat meliorem conditionem sibi allatam, rem alii addixerit? consequens est priorem emptionem nihilominus manere, ideoque et priori emptori venditorem obligatum esse, ut eadem præstet, quæ ex priore emptione illum præstare oportuit. *L. si venditor*, 14. in pr. *D. eod.* Sed ut falsus emptor ad rescindendam emptionem nihil prodest: ita si verus exsistet secundus emptor, ex verbis conditionis nihil quæremus amplius.

IV. Quo loco diligenter notandum est, nihil interesse, quis sit iste verus emptor, dum alius: utrum extraneus aliquis, an vero unus ex pluribus contrahentibus: puta ex pluribus venditoribus, qui fundum in diem addixerint unus, aut unus ex pluribus emptoribus, quibus fundus in diem sit addictus. Propone tres dominos fundi communis eum fundum vendidisse, et addidisse in diem. Dicimus, si unus ex his meliorem conditionem adferat, ei jus esse, et cæteris adjectionem admittentibus a priore emptione recessum esse, ut isti emptori secundo reliquæ partes addicantur etiam invito priore emptore. *L. quod si uno*, 13. §. *ult. D. de in diem add.* Atqui traditum est non licere venditori adversus venditionem suam venire, et si faciat, non solum venientem exceptione removeri posse, sed etiam ultro adversus eum esse actionem in id quod emptoris interest. *L. vindicantem, D. de evict.* Et hoc recte, nisi aliud venditori ex conditione conventionis facere liceat: conventio enim servanda est. Nunc autem quivis ex venditoribus meliorem conditionem adferens, potestatem rescindendæ emptionis ex superiore conventione accipit. Est enim hæc conditio, si alius quam prior emptor meliorem conditionem attulerit. At unus quilibet ex venditoribus meliore conditione allata emere volens est alius emptor, quam prior. Quare et hic ex conventione admittendus est. E converso etsi duobus fundus addictus sit in diem in commune, et unus ex his meliorem conditionem adferat, quo transferat ad se totius rei emptionem, dicendum est et hunc idoneum emptorem secundum esse, quo a priore venditione discedatur. Usque adeo, ut quanvis hi socii sint, quos constat se in societate minime fraudare debere, nihilominus placeat et hoc uni licere; quia sit pro potestate, quam conditio obligationis nominatim utrique concesserit. *L. cum in diem*, 18. *D. eod.*

V. Secunda conditio est, si secundus idemque verus emptor meliorem conditionem adferat, ut sunt verba ipsa conditionis. Melior conditio quæ sit, rudius describitur in *L.* 4. §. *ult. D. eod.* Mihi accommodate ad sententiam ejus loci et comprehensionem aliorum locorum eodem pertinentium sic res quam commodissime explicari posse videtur. Melior conditio venditoris fieri intelligitur: quodcunque affertur, quod ad utilitatem venditoris pertineat. *L. quidquid*, 5. *D. eod.* Isto modo fit conditio venditoris melior his rebus: aut quantitate, aut tempore, aut loco, aut persona emptoris, aut priorum onerum venditoris sublevatione. Quantitate fit conditio melior, cum secundus emptor pretio aliquid adjicit, quo pluris emat, *d. L.* 4. §. *ult. D. eod.* Quod tamen sic accipiendum est, nisi venditor hanc adjectionem secutus sic addicat fundum secundo emptori, ut quædam ei accedant, quæ non accesserint priori emptori. Nam si quæ accedunt, non minoris sint, quam quanta est adjectio, vere dixeris non esse meliorem conditionem allatam. Ideo et prior venditio valebit. *L. si prædio*, 15. §. 1. *D. eod.* Sane si quædam accedant secundo emptori, quæ adjectionem pretii aut exequent, aut superent, sed pro quibus etiam venditor pretium accipiat, nova emptione earum rerum bona fide contracta, non specie emptionis ad tegendam exæquationem adjectionis quæsita: dicemus et hic quasi meliori conditione allata recessum esse a priore emptione, nec venditorem priori emptori obligatum esse. Quæ sententia est. *L. pen. D. eod.* Illud notandum actionem pretii illam hic intelligi debere, cum adjicitur pretio rei venditæ: cæterum alterius rei, quam ejus quæ distracta est, adjectionem non admitti. Ut, si res in diem addicta interciderit, vel ancil-

la decesserit, et partus vel fructus nomine tantum adjiceatur; quod excedat pretium rei principaliter venditæ; placet tamen non admittendam adjectionem. Hoc in *L.* 4. in pr. *D. eod.* sumptum ex verbis conventionis, quæ de fundo distracto loquitur, et rem distractam a domino, id est emptore, abire jubet. Tempore fit melior conditio, si cum prior emptor pretium deberet in diem, secundus emptor nihil alioqui pretio adjiciens saltem in tempore præsentem pecuniam offerat. Habet enim hæc repræsentatio commodum et interusurium medii temporis, quo careret venditor, si diem priorem exspectare cogeretur. Unde et propter hoc commodum dicitur plus peti, cum ante diem petitur. §. *plus autem*, *Inst de act.* Loco fit conditio melior, cum ex priore emptione certo loco pretium solvi debuit; secundus autem emptor quanvis non pluris emens offert pecuniam alio loco venditori commodiore, sive quod sit locus propinquior, sive quod venditori ad rem bene gerendam, et merces emendas opportunior. Nam et in locis inest tempus, quo ad ea loca perveniatur, ut in prioribus insit tempus ad accipiendum brevius: et pretia rerum per singulas civitates regionesque varia esse constat. *L.* 3. *D. de eo. quod cer. loc.* Ex persona emptoris melior conditio fit, si prior emptor pauper est, lapsus repetente facultatibus, aut cujus facultates sint dubiæ: secundus emptor tanti emens homo dives, et fidei spectatæ. Onerum priorum venditoris sublevatione fit melior conditio, si secundus emptor, etiam minoris emat, sed levioribus conditionibus, remittens ea, quæ gravia erant venditori in priore emptione: satisdationes puta, quibus obstrictus erat priori emptori, aut alias res quas placebat fundo accedere: *d. L.* 4. in fin.

VI. Tertia conditio est, si intra diem quo melior conditio adferri debet, venditor vivat, aut eo mortuo sit ei aliquis heres. Quod si neque vivet venditor, neque mortuo exstiterit heres intra eum diem; placet confirmari priorem emptionem: ut quanvis post eum diem exsistat venditori heres, nihilo tamen magis fundus a priore emptore recedat. Cujus sententiæ hæc ratio a veteribus redditur, quod non possit intelligi melior conditio allata, nisi sit cui adferatur, et cui allata placeat. Quorum neutrum fieri potest, ubi qui vendat, non exsistat. Nec ad rem pertinet, si postea venditori aliquis exsistat heres. Non enim satis est meliorem conditionem venditori adferri, heredive ejus: sed et adferri oportet intra diem constitutum; quod non fit, cum post diem heres exsistit. Hæc ad hanc sententiam in *L. si prædio*, 15. *D. eod.*

VII. Quarta conditio ad eamdem rescissionem est, si venditor meliore conditione allata admoneat priorem emptorem, et is monitus nihil plus adjiciat. Quod si prior quid adjicere volet, placet ei licere, et manere apud eum rem emptam. *L. licet*, *D. eod.* Et recte, nec minus ex verbis conditionis. Non enim videtur melior conditio ab alio allata, ubi eam quæ allata est, prior emptor adjectione superavit. Et quoniam fieri potest, ut prior emptor meliorem conditionem allatam ignoret; quod si fit, non potest ipse plus adjicere: hoc etiam additum est a veteribus, ut necesse habeat venditor meliore conditione allata, priorem emptorem certiorem facere, ut si quid alius adjicit, ipse quoque adjicere possit. *L. necesse*, *D. eod.* Quod eam vim habet, ut si id non fecerit venditor, perinde haberi debeat, quasi prior emptor conditioni plus adjiciendi parere ante quoque paratus fuisset: quia quominus ei pareret, staret, per eum, cujus interesset eam conditionem non impleri. *L. in jure*, *D. de reg. jur.* Sed unde hæc necessitas certiorem faciendi emptorem imposita venditori, ut hac conditione res fiat inempta: cum verba conventionis nihil tale a venditore exigant? Non dubito, quin responsum sit a veteribus ex natura horum judiciorum, quæ sunt bonæ fidei: cui congruit, ut quidquid sciat venditor, quod celatum nocere possit ignoranti emptori, ejus rei emptorem admonere debeat, ne decipiatur. *L.* 1. §. 1. *D. de act. empt.* *L.* 1. *D. de ædil. ed.*

VIII. Quinta conditio est, si venditor meliorem conditionem allatam admittat. Placet enim licere ei abjicere, et primam sequi quasi meliorem. *L. Sabinus*, *D. eod.* ut consequens sit non prius a priore emptione recedi, quam prima conditione omissa venditor sequatur novam. Atqui verba conventionis refragantur. Est enim conventio hæc, ut fundus sit inemptus, si alius meliorem conditionem attulerit. Et nunc exsistit alius, qui meliorem conditionem adferat. Quid restat igitur, nisi ut conditione impleta, fundus fiat inemptus, vel invito venditore: atque hic recte usurpemus illud Ulpiani ex *L. vero*, vers. *pen. D. de sol.* certam conditionem accepisse initio hanc venditionem, ideo hanc immutare non posse venditorem? Et sine dubio refragantur verba, quominus hic consensum exspectemus venditoris. Sed admittit sententia contrahentium. Nam quod convenit, ut fundus superiore conditione inemptus esset,

set, convenit venditoris caussa, utpote ad quem melioris conditionis utilitas solum referatur. Licet autem venditori lege sua non uti, et ei juri quod pro se introductum est renuntiare. *L. si judex, D. de minor. L. pen. C. de pact.* Quod et ipsum dicitur apertius in lege commissoria, *L.* 2. *L.* 3. *D. de leg. com.* Sane si hoc nominatim actum erit, ut liceret resilire emptori meliore conditione allata, dicendum erit dissolutam esse priorem emptionem, etiam si venditor sequentem conditionem non admittat, ut est in *d. L. Sabinus, de in di. add.* Hic enim conventio manifesta est pro emptore, quam non minus ei, quam venditori servari oportet ex edicto generali de pactis. *L. jurisgentium*, §. *ait, D. de pact.* Sed ut venditor potest meliorem conditionem allatam non admittere, ne res fiat inempta; ita plane si admiserit, a priore emptione recessum est ex conditione. Nec quidquam intererit, qualem emptorem secundum sit secutus; idoneumne, et eum a quo pretium possit exigere, an contra veluti, si majore pretio allato addixerit pretium ei qui solvendo non est, aut pupillo sine tutoris auctoritate pluris ementi, aut servo alieno: quos tamen civiliter non teneri constat *L. si venditor*, 14. in fin. princip. et §. 1. *D. eod.* Quippe et ab his melior conditio allata est, si rem oblatam spectamus. Non est melior persona: sed nec de persona quæritur, aut si quæritur, satis ea persona idonea intelligitur, quam venditor comprobavit, cum ei liceret non addicere. *d. L. si venditor*, in fin. pr. Non tamen licet venditori quomodocunque velit conditionem allatam admittere, ut eatenus a priore emptione recedatur; sed exigitur, ut aut totam adjectionem admittat, aut totam repudiet, qui si meliore conditione allata dimidiam tantum fundi addicat secundo emptori, nihil egerit, sed totus fundus priori emptus manebit. *L quod, si uno, D. eod.* Et recte sic enim servatur in iis, quæ alicui probare aut improbare permittitur, ut aut totum probare debeat, aut totum improbare, et si partem probet, partem nolit, jure hæc inconstantia recusetur. *L. in caussæ, D. de proc.*

IX. Inde quæsitum, an quod fit in unius venditoris persona, idem et in plurium venditorum persona sit admittendum. Ut puta, tres domini ejusdem fundi eum fundum vendiderunt, addixeruntque emptori in diem. Duo posteriori emptori addixerunt, unus non admisit adjectionem. Quæritur, utrum in totum maneat prior emptio, quasi non liceat adjectionem totius fundi pro parte admittere, et pro parte repudiare, ut fieret in unius venditoris persona: an vero quia plures venditores sunt, ideo pro parte adjectionem admittentium recedatur a priore emptione, et res posteriori emptori eatenus sit empta; pro parte autem admittentis solum emptio prior duret, et sola ea pars empta sit priori. De quo exstat veterum distinctio in *L. quod autem*, 11. *L. etsi* 12. *L. quod si uno*, 13. *D. eod.* in hanc sententiam; ut si tres isti fundum communem vendiderint uno pretio in totum fundum dicto, satis sit ad totam emptionem priori retinendam, si vel unus adjectionem non admittat: sin vendiderint partes suas variis pretiis, aut ita distinctis, ut intelligeretur, quanti quisque partem suam venderet: tum pro singulorum parte aut consisteret, aut resolveretur prior emptio: ut duobus adjectionem admittentibus, et uno rejiciente, illorum quidem partes posteriori emptori, hujus autem pars priori empta intelligatur. Sed cum in utraque specie sint pariter venditores, et venditorum dissensus idem; cur hæc facta isto modo distinguimus? Differentiæ ratio non est admodum obscura. Nam cum fundus venditur uno pretio, etsi a tribus, tamen una emptio est, quæ unum pretium habet, et semel dictum. Cum autem singulæ partes distinctis pretiis venditæ sunt; quot sunt partes, tot sunt emptiones diversæ, utpote quarum singulæ res venditas certas et distinctas habeant, item et distincta pretia singularum. Ratio juris hoc efficit, ut cum una emptio est, in totum eam retinere oporteat, aut in totum repudiare, ut dixi. *d. L. in caussæ, D. de proc.* Cum autem plures sunt emptiones; quoniam distinctæ nihil inter se commune habent, nihil prohibet sic ab unis recedi, ut aliæ retineantur.

X. Sexta conditio est ad eamdem rescissionem pertinens, si venditor meliorem conditionem allatam secutus secundo emptori rem addicat simpliciter. Quod si rursus secundo addicet in diem, placet statim priori emptori emptionem confirmari: hac ratione, quod qui addicit iterum in diem declarat sibi non videri meliorem allatam, quam non probat, et adversus quam alia licitatione sibi prospicit. Hoc tamen ita, nisi aliud inter contrahentes actum sit: quia nihil prohibeat hoc agi, ut sæpius fundus collocetur, atque hoc modo posteriore adjectione consulatur venditori. Hæc sententia *L. quod autem*, 11. *D. de in di. add.*

XI.

XI. Quæ cum omnia concurrent, tum exstiterit addictionis in diem summa conditio fietque hac existente [2] res inempta ex conventione. Et si quidem in una re concurrent, res expedita est. Sed duabus rebus separatim venditis et in diem addictis, incidit res aliquando in dubitationem. Quid enim, si duo equi uni vel duobus separatim denis in diem addicti sint, et extiterit qui pro utroque triginta daret? Si quidem constet decem adjecta, cujus rei pretio addita sint, ne hic quidem laboratur. Nam si unius equi tantum pretio adjecta sunt, et constet cujus equi, eum solum ineptum fieri necesse est. Sin adjecta utriusque equi pretio, et hoc item constat, fit hic quoque ut in utroque meliore conditione allata, uterque ex lege sit inemptus. At quid si incertum sit, utrumne ad utriusque pretium additum sit, an ad alterius tantum; etsi ad alterius tantum, ad utrius? Et placet hic nihil actum videri, ac tanquam nullius rei meliore conditione allata, non videri a priore emptione esse recessum. *L. cum duo*, 17. *D. eod.* Recte. Cum enim in ea specie volet venditor repetere eos equos, quos posteriori emptori tradat, ut recte agat et ex lege conventionis, necesse habet dicere sibi meliorem conditionem allatam esse vel in utroque, vel in uno, et eo certo quem inemptum velit. Et quoniam dicit, probare debet, ac nisi probet, reus absolvitur. *L. 2. D. de prob. L. qui accusare*, *C. de edend.* In hac autem incertitudine nihil horum probare potest. Sic fit, ut tanquam nihil eorum accidisset, quæ dicit, nec probat, in suo loco maneat prior emptio, et emptor absolvatur. Planeque hic id accidit, quod in simili incertitudine in eamdem sententiam scribit Paulus in *L. duo*, *D. de test.* ut hic non jus deficiat, sed probatio.

XII. Ac qua conditione, vel potius quibus conditionibus ex addictione in diem res fiat inepta, dictum est. Id cum constabit, sequens illa altera quæstio est, quid hæc rescissio tribuat venditori, et priori emptori, cum in re vendita, tum in commodis et incommodis rei venditæ atque hujus emptionis. Et in futurum tempus, quod sequitur conditionem allatam, res propemodum certa est ex verbis conventionis. Nam cum inde saltem res fieri debeat inempta ex conventione; necesse est, si vere hoc fit, quod venditori tribueretur, si res non esset vendita, idem nunc re inempta facta illi tribuatur. Idem ergo et nunc fit. In quo est, ut et res ei ut domino exinde restitui debeat, et præterea si quis fructus aut si quæ commoda ex illo ad emptorem pervenerint. Res enim si empta non esset, mansisset venditoris, ac dominii jure si quid inde perceptum esset ad eum pertineret. *L. qui scit*, in princip. et §. 1. *D. de usur.* Quas ad res venditori actio est ex vendito. *L. Imperator*, *D. de in di. add.* Sed ut sciamus rem per omnia hic inemptam fieri; placet exinde, ex quo conditio superioris conventionis exstitit, dominium statim discedere ab emptore, eoque nec jam posse eum in rem actione [3] uti. *L. si quis hac lege*, *D. de rei vind.* Quod eam vim habet, ut eodem tempore dominium sine alia traditione ad venditorem redeat. Et certe hoc ita fit in lege commissoria, ut conditione legis exsistente venditori competat rei vindicatio *L. 4. C. de pact. int. empt. et vend.* Idem ergo probandum et in addictione in diem, in qua ex conventione eodem modo res fit inempta.

XIII. Major dubitatio est de commodis et incommodis medii temporis, quo nondum melior conditio allata est: quo tempore cum nondum res inempta facta sit, merito quæritur, cujus esse debeant ea commoda et incommoda per id tempus, emptorisne, an venditoris. Quæstio in eo est, utrum fundo in diem addicto, emptio contrahatur pure, et resolvatur sub conditione, an scilicet ita perficiatur, si alius meliorem conditionem non attulerit. Nam si pure hic contrahitur emptio, re tradita confestim emptor dominus efficitur, aut si res venditoris non fuit, nanciscitur usucapiendi condictionem. [4] *L. 2. in fin. L. 4. §. 1. D. de in diem ad. L. clavibus*, *D. de cont. empt.* fructus quoque et accessiones rei venditæ, cæteraque rei commoda et incommoda ad emptorem jure empti pertinent,

§.

2) In quo, inter alia, differt a pacto de retrovendendo, per quod non disceditur a pristino negocio, sed novæ obligationes constituuntur, *L. 58. in fi. de pact.* Nec fit ut venditio pro non facta habeatur, sed immo subsistit ad hoc ut retrovendi possit. Ant. Fab. 22. *Err. Prag.* 1. non ita affines esse has actiones, ceu nonnullis apparent, ostendens.

3) Quod post alios Tiraq. de *retr. Convent.* §. 1. *Gl.* 7. *n.* 17. in hac addictione et lege commissoria ita admittit, si pacta hæc inita verbis directis, secus si obliquis, *revertatur redeat.* Item si hujusmodi pacta sub conditione. Secus si pure, ut sub condictione resolvantur *d. lo.* §. 2. *Gl.* 1. *n.* 59. *et seq.* Quod posterius non admittendum. Nam si sub conditione nec dominium ullum transiit, quod recedere possit. Recedit itaque dominium emptione pure celebrata conditionis eventu resoluta, sine facto intercedente, quia nec nisi ea lege translatum. Reditque non tanquam rursus translatum ab emptore, sed quasi nunquam illius factum. Nec obstat regula *L. 20. C. de pact.* Nam cum non omnis traditio transferat, sed quæ non nuda, seu caussam habet, tamdiu traditio prodest ad translationem, quamdiu emptio subsistit. Ea resoluta desinit caussam habere traditio, nec unquam habuisse videtur, Ant. Fab. 22. *Err. Prag.* 1. Cui rationi concinit illa Cyni et Baldi, de qua vid. *Cap. seq. N.* 6.

4) Ut differunt hominem non nasci, et natum denasci, seu mori, ita defectu conditionis non oriri obligationem empti, et eventu conditionis intercidere, Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 49. *n.* 1.

§. *cum autem*, *Institutio. de emptio. L. necessario*, *D. de per. et com. rei vend.*

XIV. Quod si initio emptio contrahitur sub conditione, mutantur omnia in contrarium. Emptione enim nondum contracta, ut fit cum obligatio suspenditur conditione, manet idem dominus qui prius fuerat, id est venditor; sunt et commoda atque incommoda omnia venditoris et prius, non etiam emptoris. *d. L. necessario*, *de per. et com. rei vend.* Hinc secundum superiorem distinctionem respondetur de proposita quæstione in *L.* 2. *L.* 3. *L.* 4. in princip. *D. de in di. add.* ut appareat omnem hanc quæstionem, quomodo ex addictione in diem contrahatur emptio; purene an sub conditione, ad vim et potestatem hujus conventionis cum quæritur de jure medii temporis, debere referri. Et hæc quidem distinctio expedita, si quid aperte in alterutram partem actum sit, ut vel placeret emptionem sub conditione perfici, vel statim pure contrahi, ut sub conditione ab ea recederetur, *d. L.* 2. *D. eod.*

XV. At finge proponi tantum superiora verba, quibus fundum in diem addici solere proposuimus, utro ex his modis contractam emptionem videri dicemus? Placet pure videri contractam, et sub conditione resolvi, ut medio tempore emptor sit dominus, commodum et incommodum pro lege communi contractæ emptionis ad eum pertineat. *L.* 4. §. 1. *D. eod.* Sed quatenus, et quo effectu, videndum est. Et placet non alio, quam ut si nullus emptor exsistit, qui meliorem conditionem adferat, aut falsus exsistit, id est si conditio addictionis deficiat, tum certum sit emptionem semel contractam perpetuo manere: proinde et dominium quod cœperat, apud priorem emptorem maneat, fructus et accessiones lucretur, et periculum sustineat rei, si res interierit. *L.* 2. in fin. *L.* 3. *L. item quod*, 6. *D. eod.*

XVI. Cæterum meliore conditione allata; atque hoc modo re inempta facta, sic retroversus jam ab initio resolvitur emptio, ut nihil eorum maneat, quæ prius fuerant, sed et desinat esse dominus prior emptor, et fructus omniaque commoda [5] restituere debeat; non utique secundo emptori, cum quo nihil contraxit, sed venditori: ut sic effectu commodum utriusque temporis spectet venditorem. *L.* 4. §. 1. in fin. *L. item*, 6. *L. Imperator*, *D. eod.* In eamque rem est venditi actio venditori. *d. L.* 4. §. 1. in fin. Id efficiunt verba conventionis, quibus id agitur, ut res non sit empta, si alius meliorem conditionem attulerit. Necesse enim esset hunc statum esse rei, si nunquam empta esset. Adeoque verum est meliore conditione allata, quam venditor probet, priorem emptorem fructus medio tempore perceptos venditori restituere debere: ut quanvis ille adversus secundum emptorem licitatus sit, et penes eum emptio remanserit, placeat tamen eum fructus refundere debere. *L. item*, 6. §. *ult.*

XVII. Sed quemadmodum isto modo commodum utriusque temporis ad venditorem pertinet re inempta facta: ita vice versa intelligendum est et incommodum ad eum pertinere, secundum regulam naturæ, *L. secundum*, *D. de reg. jur.* et si quid per caussam ejus emptionis ad eum ab emptore pervenit, id eum emptori restituere et præstare debere; quia si res empta non esset, nihil eorum habere deberet aut posset jure emptionis, quæ nulla est. Repetet igitur prior emptor si quid solvit in principio de pretio, et repetet a venditore scilicet cum quo contraxit, non etiam a secundo emptore cum quo nihil negotii gessit, nisi sit ei a venditore delegatus. *L. ultim. D. de in di. add.* Quod si quid medio tempore emptor necessario in rem emptam erogavit, quo emptionis onus est, aut de reditu retinebit, aut si non sufficiat, actione empti repetet. *L. Imperator. D. de eod.*

CAP.

5) Ita Accurs. et DD. comm. teste Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 49. *n.* 1. Coras. 3. *Misc.* 9. Jo. Copus *Lib.* 4. *de Fruct. Tit.* 1. *C.* 11. et probat Ant. Fab. 22. *Err. Prag. p.* 768. *et seq.* Quia sic rescissa emptio pro eo habetur ac si nunquam facta. Quo jure igitur retineret emptor fructus titulo defectus. Fructus sequuntur caussam dominii, quo recurrente et ipsi restituendi. Nec est quod venditori imputetur cur non citius melior conditio allata Contra tamen alii, ubi emptio pura, sub canditione resolvenda fructus interim perceptos emptoris manere, Tiraq. *in L.* 8. *C. de revoc. don. n.* 285. Covar. 3. *Var. Res.* 9. *n.* 1. Vasq. *d. lo.* per *L.* 2. *in fi.* verbis *fructus lucrari h. t. L.* 2. §. 4. *Pro empt.* Si restituis, arguit Vasquius quod lucrum facis. Anne in lucro reponendum labores inaniter subiisse in collectione et custodia fructuum. Nonne æquum est emptorem, qui interea usu pecuniæ caruit, ejus loco emolumento fructuum potiri. Ad *L.* 4. §. 4. *L.* 6. *L.* 16. *h. t. L. ult. de I. fisci.* Resp. Vasq. loqui eas de emptione sub conditione contracta, ubi conditio pendens impedit acquisitionem dominii et fructuum. Nam et si conditionalis contractus, fructus interea apud emptorem; mansuri si postea emptio eventu conditionis purificetur; restituendi, si contra. *dd. L.*

CAP. XIX.

De lege commissoria.

I. Addictioni in diem [1] proxima est lex commissoria, ac prope iisdem regulis juris continetur. Nam et hac lege resolvitur emptio, et res similiter fit inempta. Tantum conditio interest. Lex commissoria ita est: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus sit inemptus. *L.* 2. *D. de leg. com.* Lex dicitur, ut significetur conventio et pactum adjectum emptioni. Sic enim est usus juris, ut conventio contractui addita dicatur lex, ubi conventio temperando et moderando contractui adhibetur: significatione translata lege publica, quæ modum et finem certum actionibus civium statuens recte dicatur nihil aliud esse, nisi temperamentum ac moderamen quod regat et coerceat actiones. Unde in contractibus lex dicta omnis conventio, quæ generalitatem contractus cohibet, et temperat, ne per omnia in eo serventur ea, quæ sine hac conventione ex natura contractus valitura essent; quasi dicas temperamentum et moderamen quoddam contractus, ut ostendi pluribus ad *L. legem, C. de pact.* Hinc illa; vendere aut tradere quid ea lege, ut quid facias, aut non facias, idest eo pacto et conventione. Legem contractui dicere, idest adjicere conventionem et conditionem moderandi contractus caussa: item in lege emptionis, societatis scriptum cautum est, idest in pacto convento emptioni, societati addito: quæ passim occurrent. Ex innumeris locis licet hos notare. *L. in lege, L. fistulas, L. fundi, D. de cont. empt. L. legem, C. de pact. L.* 2. et deinceps *tot. tit. C. si man. ita fuer. al.* Dicitur hæc lex commissoria, quia conditione hujus conventionis exsistente conventio committit rem et emptionem venditori: committit, idest tanquam in manum ei tradit, rem ejus arbitrio et potestati subjicit, ut sit ejus electio, utrum legem exerceat, et rem inemptam velit, an vero velit emptionem valere sua lege contempta; ut est potestas hujus conventionis: de qua paulo post. Itaque hic sic dicitur emptio aut res empta committi ex hac lege venditori, ut alias dicitur pœna, aut stipulatio conditionalis committi stipulatori, et committi merces [2] fisco: quam vim huic verbo inesse docui pluribus ad *L.* 4.

1) Cujacius *in Par. h. t. et ad L.* 81. *de contr. empt.* Duarenus *hoc tit.* minus Latine vocari ab interpretibus pactum legis commissoriæ, scribens, et inepte ita dici, Cont. 2. *Subsec. Lect.* 20. *n.* 7. Charond. 3. *Verisim.* 12. Sed Cujacius 4. *Feud.* 66. dissentit, quia si pignoris hypothecam, legem pacti, actionem condictionis legimus, quidni et pactum legis, et Ritterhus. *Parit. feud. Lib.* 1. *Cap.* 11. *Q.* 4. Sic conventio pactorum *L.* 1. *C. de* 1. *Emphyt.* Quanquam vocula *pactorum* ibi forte significet *pensionum*, ut in *L.* 3. *C. de obsc. q. patr. præstand. Nov.* 16. *in Præfat.*

2) *L.* 8. *L.* 14. *de publican.* quæ fisco ob delictum non profiten-

4. §. Cato, *D. de verb. obl.* Tametsi verum est emptorem qui ex hac lege rem committit, nihilominus recte dici committere in legem venditionis, pro peccare. *L. ult. D. de leg. com.* sed non hinc significatio, ut *ibidem* ostendi.

II. Ex hac lege atque conventione res fit inempta duabus conditionibus. Una, quam verba exprimunt, si pecunia intra diem soluta non erit. Quibus verbis efficitur, ut si pecunia soluta sit, emptio maneat: si non sit soluta, dissolvatur. Hinc pertinet, ad utramque partem quærere, quid hic solutionis verbo contineatur.

III. Et constat proprie tunc pecuniam solutam intelligi cum naturaliter numerata est venditori. *L. solutam*, *D. de sol.* Quod si tantum sit oblata, aut si etiam nemo fuit, cui offerretur, vere solutam dicere non possumus. Sed placet in hac caussa utrumque horum pro solutione habendum, ne videatur commissum adversus legem. Primum quidem, si emptor pecuniam obtulit venditori, quam ille accipere recusavit: multoque magis si recusante venditore etiam pecuniam obsignavit. *L.* 4. §. *ult. L. ult. D. eod.* Id præstat in hac specie etiam sola oblatio, quia etsi hæc præcedente obligatione debitorem non liberat; tamen facit, ne in pœnam futuri temporis incidat, quæ solutione pecuniæ vitaretur: ut docuimus supra sub Titulo, *de debiti oblatione. L. si per te. C. de usur. L. Celsus*, *D. de recept.* quod et in hac specie observari videmus. Idem est, etsi emptor non obtulit, sed cum paratus esset solvere, neminem habuit, cui offerret. *d. L.* 4. §. *ult. eod.* Et ita generaliter jus est; ut semper mora ab adversario in re fieri intelligatur: quoties non est qui conveniatur. *L. sed etsi*, in fin. *D. de usur. L.* 2. *D. de naut. fien.* Quæ si recte definimus, dicendum est ex lege commissoria tunc demum videri pecuniam non esse intra diem solutam, cum præsens fuit venditor, aut cui recte solveretur nomine venditoris, et emptor aut alius nomine ejus ne pecuniam quidem superioribus obtulit. Id vero ubi factum est, statim exstitit conditio ex verbis, et res ex lege inempta facta est. In quo apparet non exigi, ut venditor prius interpellet emptorem de pecunia solvenda. Quapropter etsi non interpellatus emptor pecuniam non obtulit intra diem ipso jure legi commissoriæ locus factus est. *d. L.* 4. §. *ult. eod.* Quod jus et ad omnes in diem obligationes pertinet, ut in his et sine alia interpellatione ipso diei lapsu mora fieri intelligatur, die adjecto satis debitorem multo ante [3] interpellante. *L. magnam*, *C. de con. et com. stip.*

IV. Altera conditio est præter verba ex sententia contrahentium, si pecunia ad diem non soluta venditor sua lege uti velit, id est declaret se velle rem inemptam esse. Quod si nolit, res non erit inempta, quia non exstiterit legis conditio. *L.* 2. *L.* 3. *D. eod.* Hoc, ut dixi, præter verba, quæ rem inemptam faciunt simpliciter hac conditione, si pecunia ad diem soluta non sit. Sed ducitur ex sententia legis et contrahentium; eo quod totum hoc caveretur venditoris caussa, ut est in *d. L.* 2. *D. eod.* ex quo prius illud recte colligitur, quia certi juris sit licere unicuique iis quæ pro se introducta sunt renuntiare. *L. pen. C. de pact. L. si judex*, *D. de minor.* Hanc autem legem adjectam esse venditoris caussa, ut possit ea non uti si velit etiam invito emptore, duabus ex rebus colligitur. Primum ex fine conventionis, quam totam ad utilitatem venditoris in pecunia ei solvenda comparatam esse apparet. Deinde ab iniquo et absurdo, quæ pars attingitur in *d. L.* 2. Nam si res erit posita in arbitrio emptoris, ut pecunia non soluta res fiat inempta, si velit: eveniet, ut quotiescunque illi visum erit, res inempta fiat: est enim in ejus potestate non solvere. Hoc amplius, ut si res interim perierit, non sit periculum ejus, sed venditoris: quorum utrumque et iniquum est et absurdum. Iniquum, et contra jus, ut sit in potestate obligati efficere, ne debeat. *L.* 2. *D. de eo quod cer. loc.* Contra jus et illud, ut contracta emptione periculum rei venditæ ad emptorem non pertineat, *L.* 1. *C. de per. et com. rei vend.* §. *cum autem. Inst. de empt. et vend.* Absurdum autem, ut mora sua et delicto conse-

tis vindicantur, quia ei quasi in manus tradita ejus potestati subjiciuntur. Sic committi dicitur edictum. *L.* 8. §. 11. *L.* 10. §. 5. *contra tab.* quo utendi fit potestas, cum prius uti non liceret. Sic committitur stipulatio, cum quæ antea pendebat, eo adducitur, ut ex ea stipulatori agendi jus sit, Donell. *ad L.* 4. *de V. O. n.* 6. Et ut commissum fisco cedit etsi non postulatum vectigal; sic hæc lex committitur etsi non interpellatus emptor, Conna. 7. *Comm.* 9. *n.* 4. Aliter Hopper. *Lib.* 2. πιθανῶν *pag.* 46. Committi proprie dici id quod ambiguum et suspensum ad aliquem exitum, sive hunc, sive illum, deducitur. Aliter et male, Cujac. *in Par. h.* Commissoriam dici quod in eam committens in universam venditionem committat. De hoc pacto Gomez 2. *Resol.* 2. *n.* 30. *et* 2. *seqq.* Fabian. de Monte *Tr. de Empt. Q.* 7. *principali.* Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 19. Ant. Fab. 21. *Err. Prag.* 6.

3) Quod si lex commissoria dicta non adjecto die, veluti: Si pretium non solverit emptor, res inempta esto, non ante emptorem incidere in pœnam commissi, scribit Cujac. 7. *ad Africa. in L.* 23. *de O. A. sub. finem* quam venditor egerit et litem contestatus fuerit fundi recipiendi caussa, cum eodem jure sint tria pœnarum genera, trajectitiæ pecuniæ, compromissi et commissi *d. L.* 23. *in fin.* Non committi quoque hanc legem, si venditor ex sua parte contractum tradendo non impleverit, censet Curt. 3. *Conject. ad Viv.* 14.

sequatur emptor, ne teneatur; id est ut mora sua ei prosit, quæ omnibus nocere debet. *L. in condemnatione.* §. *unicuique. D. de reg. jur.* Recte ergo hoc constitutum a veteribus præter verba conventionis, ut quanvis pecunia ad diem soluta non sit, non tamen res fiat inempta, nisi venditor velit a lege uti. Hinc illa electio, de qua ante commemoravi, postquam pecunia ad diem soluta non est, ut possit venditor statuere, utrum velit commissoriam exercere ab emptione recedendo, an potius emptionem manere, et pretium petere: quæ electio constituitur in *L.* 4. §. *eleganter*, *D. eod.*

V. Sed hactenus hæc electio, ut utrunvis venditor elegerit primo, non [4] possit postea variare. Finge elegisse commissoriam. Non poterit ad emptionem redire ex pœnitentia, *d.* §. *eleganter.* Finge ostendisse primo se velle uti emptione. Commissoriæ renuntiavit, nec poterit postea eam exercere. Idque ita dicimus, non solum si aperte verbis declaret se velle emptionem manere, sed etsi quid faciat, ex quo hæc voluntas colligatur. Unde his factis commissoriæ renuntiatum videri placet, si partem aliquam pretii accipiat postea, *L. de lege*, §. *ult. D. eod.* aut si pretium petat, *L. pen. eod.* aut adeo si pretii usuras. *L.* 4. *C. de pact. int. em. et vend.* Hæc ideo, quia non potest pretium accipi, aut peti utiliter ex caussa emptionis, nisi [5] prius valuit emptio. Ita qui consequens voluit, admisit prius quod antecedit, sine quo ad consequentia perveniri non potest. *L. illud*, *D. de adq. her.*

VI. Re inempta facta ex superioribus conditionibus, solvitur emptio et venditio eodem prope exitu per omnia, quo ex addictione in diem. Ut in diem addictione; sic lege commissoria pure contrahitur emptio, et resolvitur sub conditione, nisi quid aliud actum sit. *L.* 1. *D. eod.* Effectus hic, ut ante diem intelligatur emptor rem traditam sibi suoque jure habere, fructus suo jure percipere: commoda denique et incommoda ad eum pertinere, ut fit in omni emptione pure contracta. *L.* 5. *D. eod.* Sed postquam ex conditione fundus inemptus factus est, hic omnia ad venditorem redeunt, et res et commoda omnia: quæ emptor venditori restituere cogitur: estque in eam rem venditori ex vendito actio *L.* 4. in pr. *d. L.* 5. *eod.* In re hoc etiam servatur, ut emptione soluta ex lege commissoria, statim dominium rei quod emptoris erat, ab eo recedat, et transferatur [6] ad venditorem. Unde et venditori ex illo rei vindicatio adversus quoscunque rei possessores. *L.* 4. *C. de pact. int. empt. et vend. L. ult.* vers. *pen. D. de leg. com.* De qua translatione dominii, quæ sine traditione contingit, diximus suo loco, cum de dominio per traditionem acquirendo ageremus.

VII. Habet præterea et lex commissoria adjunctam hanc pœnam, ut si quid emptor arrhæ, vel alio nomine dederit; impensum puta ad conficienda instrumenta emptionis, aut ad amicos cum sumptu aliquo adhibendos, omne apud venditorem remanere debeat. *L. de lege*, in pr. *D. eod.* Hoc non item traditum est re inempta facta ex addictione in diem. Et recte. Nam in addictione in diem nulla culpa emptoris est, si alius meliorem conditionem adfert: ideo nullum delictum, quod pœnam invitet: cum non sit pœna, nisi delicti coercitio. *L. aliud est fraus*, *D. de verb. sig.* Quod contra fit emptione resoluta ex lege commissoria; ex qua ideo committitur conventio, quia emptor venditorem frustratus pecuniam sua die non solvit.

VIII. Ac de addictione in diem, itemque lege commissoria satis dictum est. Quorsum ergo ista de his conventionibus et similibus hoc loco, cum instituerimus quærere, quomodo consensu obligatio dissolvatur? Nempe eo pertinent in summa, ut intelligamus emptionem omnemque obligationem nudo consensu contractam, etiam nudo consensu ex his conventionibus et similibus dissolvi, et ideo

4) Quod statim atque lex commissa est statuere debet *d. L.* 4. §. 2. id est cum primum dies solutionis venit, quæ tam venditorem quam emptorem interpellat, admonens utrumque sui officii, Connan. 7. *Comm.* 9. *n.* 4. ubi tamen voces *statim* et *postea*, cum aliquo temperamento accipi debere, id est intra modicum tempus, arbitrio judicis, arg. *L.* 11. *de const. pec.* vult Nicol. Valla *de Reb. dub. Tr.* 11. *num.* 4.

5) Hæc vera ratio: non quia odiosa pactio, per *L.* 32. vers. *quia tamen de minor.* quod per eam justa et bona fide contracta venditio ad irritum deducatur, ceu argutatur Ant. Fab. 21. *Err. Prag.* 6. contra certissimam et vulgatissimam sententiam contendens legem commissoriam olim odiosam fuisse in venditionibus, non fuisse in pignoribus. Quorum illud minime probat *d. L.* 38, Displicuit enim Imperatori lex Commissoria, non generatim, quid enim abolere vetasset, sed in proposita specie.

6) Ipso jure, citra traditionem, ut plerique DD. relati a Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 69. in eoque exceptionem esse statuunt a regula *L.* 20. *C. de pact.* Caussam specialitatis vel in frequentia, vel ut Cyn. Bald. et alii *ad d. L.* 20. (quibus convenit A. Fab.) vide *C. præced. N.* 3. quia ut initio sine titulo res transire non potuit, ita pretio soluto, cum titulus rescindatur, haberi debeat ac si sine eo tradita esset. Sed huic rationi, ait Vasquezius adversæ LL. Tit. D. et C. *de Cond. ob ca. et Cond. si ca. etc.* Et DD. opinio refellitur per *L.* 3. *C. de pact. int. empt.* et quia fide de pretio non habita dominium in emptione non transit. Quocirca Vasquezius ita distinguit; Aut fides habita de pretio, hac lege adjecta, et res tradita ac dominium translatum non revertitur ipso jure *d. L.* 3. Aut non habita, quod in dubio censendum, et vindicatio datur rei traditæ *d. L.* 4. *C. de pact. int. empt. d. L. ult. h. t.* quia scilicet nec dominium unquam a venditione abiit, sed quasi precaria possessio tradita emptori etc. Sed Felician. de Solis *Lib.* 1. *de Censib. C.* 6. *n.* 9. distinctionem hanc rejicit, semperque putat lege Commissoria adjecta fidem de pretio haberi, per *L.* 5. *h. t.* Ipse *ibid. n.* 7. distinguit inter pactum verbis directis conceptum, ex quo vindicatio detur venditori, et verbis obliquis, ex quo tantum actio personalis *L.* 3. *Cod. de pact. int. empt.*

ideo dissolvi, quia hic consensus sit interpositus rebus integris, quia interpositus sit initio in re contrahenda, quo tempore nihildum non dico præstitum, sed nec contractum erat.

IX. Dixi et tunc, cum obligatio contracta est, posse eam dissolvi consensu rebus integris: unde eveniat, ut et tunc utiliter ab eo recedatur. Id tum accidit, cum licet obligatione contracta, nihil dum tamen præstitum est eorum, quæ ex contractus natura præstari oportet. Indicatur obiter hæc definitio in *L. ab emptione*, vers. 1. et vers. *nec quidquam interest*, *D. de pact.* Idem etsi hæc tradita postea in integrum restituantur. *d. L. ab emptione*, vers. *nec quidquam interest.* Ejusmodi res in emptione exempli gratia, sunt, a venditore res vendita, ab emptore pretium. Proinde rem integram dicimus emptione contracta, cum nihil eorum adhuc invicem traditum est, et ut veteres aliis verbis hoc idem explicant, cum res quæ ex obligatione præstanda est, non est secuta. Sic enim verba sunt *L.* 3. *L.* 5. §. *ult. D. de resc. vend.* Hoc ergo dicimus emptione contracta, recte ab ea consensu discedi, ubi neque res a venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum est: quoniam hæ sunt res quas ex emptione sequi et præstari oporteat. Idque ita explicatur in §. *ult. Inst. quib. mod. toll. obl.* et *L.* 2. in fin. *D. de res. vend.* Idemque est, si restitutis iis quæ unus jam præstitisset, convenisset ne quid deinceps invicem ex ea caussa præstaretur. *L. ab emptione*, vers. *nec quidquam D. de pact.* Quod si horum quid secutum erit, nec restitutum, frustra convenerit postea, ut ab emptione recedatur: manebit enim nihilominus emptio, quia convenerit non rebus integris. *d. L. ab emptione.*

X. Sed cur hic minus valet conventio ad rescindendam emptionem quam interposita rebus integris, cum sit eadem conventio. Et in *d. L. ab emptione*, in fin. redditur ratio paulo obscurius: quæ si explicetur, talis futura est: quia scilicet cum aliquid ab alterutro ex contrahentibus traditum est puta a venditore res vendita, et convenit, ut ab emptione discedatur; non solum id agitur, ut non teneatur alter alteri, sed etiam ut quod ab uno traditum est, id ei retradatur, restituanturque omnia in pristinum statum, ut fieret si nulla emptio intervenisset. Proinde et conventione id agitur, ut ad id petendum nova sit obligatio, nova actio; quoniam sine actione id exigi ab invito non potest. Atqui hoc nudo consensu non potest effici: est enim certi juris regula, ex pacto, id est consensu solo actionem non nasci. *L. legem, C. de pact. L. jurisgentium*, §. *quinimmo*, *D. eod.* Quo fit, ut ad eam rescissionem, quæ superiore conventione petitur, ea conventio sit inutilis.

XI. Cur igitur aliud servatur, cum ab initio eadem conventio interposita est rebus non minus integris? Et ita est jus certum de pactis, quo ista tempora distinguuntur, ut pacta in continenti seu in negotio gerendo interposita actionem pariant: secuta autem ex intervallo, id est obligatione jam simpliciter contracta, non petitionem pariant, sed solum exceptionem. *L. in bonæ*, *C. de pact. L. jurisgentium*, §. *quinimmo*, *D. eod.* Merito: illa enim ut contractum efficientia, pars sunt contractus, ex quo et actione propria contractus utuntur. Hæc ut adhibita re jam contracta, pars contractus esse non possunt: ut necesse sit ea non contractus, sed suo proprio jure valere. Ipsum autem pactum omne, si nihil aliud nisi pactum est, jure civili, ut dixi, obligationem, seu actionem non parit. Dixi rem integram videri obligatione jam contracta, cum nihildum præstitum est eorum, quæ ex contractu præstari oportet. Recte. Nam si quid præstitum sit invicem, quod non fuerit necesse ex obligatione præstare, etsi præstita sunt per caussam contractus nihilominus res adhuc integra est, et ab obligatione recedi potest nudo consensu. Hujus generis sunt in emptione arrha, et fidejussor. Emptor arrham dare solet; sed dare non cogitur. Fidejussorem dat interdum vel ipse de pretio, vel venditor de rei evictione; sed uterque nulla necessitate obligationis. Intelligendum est igitur, si quid horum intervenerit, nihilominus tanquam rebus integris nudo consensu ab emptione recedi posse: ut arrha quidem data repeti possit postea actione ex empto, aut condictione ob caussam dati re non secuta: fidejussor autem emptionis nomine acceptus ipso jure liberetur. Hoc de arrha scriptum est ad istam sententiam in *L. ex empto*, §. *is qui vina*, *D. de act. empt.* de *fidejussore in L.* 3. *D. de resc. vendit.*

XII. Hactenus illa conditio ex re et statu præsenti ducta, qua placet obligatione nudo consensu contractam nudo consensu contrario dissolvi, dum consensus ad eam re intervenerit rebus integris, sive id fiat initio contractus, sive re jam contracta. Altera conditio est, ut proposuimus, posita in personis contrahentium, ut ab emptione contracta, et similibus obligationibus recedi possit consensu et rebus integris, si etiam ea persona est utrius-

utriusque emptoris et venditoris, ut uterque alterum possit liberare. Quod si unus remittere alteri obligationem non poterit, conventio nihil aget, manebitque in utriusque persona obligatio, quæ in utriusque persona solvi non potest. Utputa, emit quis a pupillo tutore auctore, quo modo obligationem jure contrahi constat. *Inst. de act. tut.* Deinde inter emptorem et pupillum convenit sine tutoris auctoritate, ut ab emptione abiretur. Emptorem quidem in proposito constat nec liberatum esse a pupillo, nec potuisse liberari, quia pupillus deteriorem conditionem suam sine tutoris auctoritate facere non possit. *Inst. de auct. tut.* At potest venditor major annis, et qui sui juris est, pupillum liberare si velit, nec in eo cujusquam auctoritate indiget. Quidni ergo in proposito pupillum jure liberatum dicamus, emptorem autem qui liberari non potuit, etiam nunc pupillo teneri? Sed placet, cum pupillus emptorem obligatione liberare non possit, ne pupillum quidem ab emptore liberari, et ideo empti obligationem in utriusque persona manere. Non enim bonæ fidei judicium pati, ut ex hac caussa unus liberetur, alter obligatus maneat. Hoc in *L. si id quod*, §. 1. *D. de resc. vend.* Ac quid prohibet, quæret aliquis; cum possit unusquisque pacto deteriorem conditionem suam facere? *L. pactum*, *D. de pact.* Posset vero et in proposito id emptor efficere pupillum liberando, si hoc ageretur, ut liberaretur tantum pupillus, ac non ut utrimque discederetur ab emptione. Nunc cum id agatur, et non possit discedi tamen, bona fides exigit, ut servetur quod actum est: ac proinde ut nec pupillus liberetur, atque hoc modo maneret utriusque obligatio. Et hoc est quod dicitur in *L.* 1. *D. de resc. vend.* pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non posse: et ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicendum non valere ejusmodi pactionem.

XIII. Neque tamen visa est ea res impedire, ut disseritur *ibidem*, quominus re a filiofamilias vendita si convenerit inter patrem tantum et emptorem, ut abeatur ab ea venditione, pactio valeat: non quia placeat emptorem et patrem liberari, filium autem familias obligatum manere: sed quia videatur patre liberato etiam filius obiter, id est per consequentiam, liberari: ut proinde utroque liberato merito utrinque ab obligatione recedatur. At quomodo liberetur filius, cum quo emptori de liberando eo nihil convenit? Id fit hac ratione, quod ex venditione filii cœpit non tantum pretium patri deberi, sed etiam ipse rem debere. Quippe hoc conveniens est naturæ emptionis, ut qui pretium ex ea caussa exigere potest, idem debeat ante omnia rem tradere. *L. cum fundus*, §. 1. *D. si cert. pet.* Quod si verum est, non abs re pater, qui rem debet, et cui pretium debetur, conventione superiore dicetur utramque obligationem tollere; quæ sublata non potest amplius ad filium, aut adversus eum pervenire.

XIV. Postquam superiores obligationes consensu dissolvi placet, intelligere debemus dissolvi non tantum aperto, sed etiam tacito consensu. Nam et tacitæ conventiones non minus conventiones sunt, eoque nec minus valent, quam apertæ. *L.* 2. *L.* 4. *D. de pact.*

XV. Hinc quibusdam factis sine ulla solutione aut præstatione naturali recedi ab emptione legimus quanvis sine aperta conventione: non sane, quin verum sit extra solutionem non aliter tolli obligationem, quam consensu eorum ad quos res pertinet, ut est divisio a nobis posita: sed quia in his factis inest is consensus, quem ad dissolvendam obligationem quærimus: tacitus tamen, non apertus; quem ideo explicari, et jure certo comprobari oportuit.

XVI. Eorum factorum tres sunt species. Una cum fundus certæ rei contemplatione inter contrahentes habita, exiguo pretio venditur puta, ut emptor venditoris nomine Capuam iret. Hic placet non impleta promissi fide rem traditam posse revocari. *L. cum te*, *C. de pact. int. em. et vend.* Sed ejus rei contemplatione venditionem aperte secutam esse volumus. Alioqui lege emptioni dicta, quamvis emptor legi non pareat non eo tamen magis eo invito emptio rescindetur, *L. ea conditione*, *C. de resc. vend.* Altera species est, cum emptione contracta vel emptor solus venditori, vel solus venditor emptori acceptum facit, aut aliter eum obligatione empti, qua tenebatur, liberat. Hoc factum consensu alterius admissum sic accicipitur, quasi et hic quoque contra alterum liberaret, ut isto modo voluntate utriusque a negotio discedatur. *L.* 5. in pr. *D. de res. vend. L. ult. D. de accept.* At unde hic consensus colligitur in eo, qui nihil aperte convenit de altero liberando? Et conjunctione istarum rerum emptionis et venditionis quæ ejusmodi est, ut nec emptor sine venditore, nec venditor sine emptore esse possit. Quæ res facit, ut qui unam partem in sua persona sublatam esse patitur, idem velit et al-

alteram adversario remitti. Tertia species est, si quis rem ab aliquo prius erit, eamdem rursus ab eodem pluris minorisve emat. Etsi nihil hic de priore emptione dissolvenda aperte convenit; tamen etiam hoc factum perinde habetur, quasi ab illa recessum esset. *L.* 2. *D. de resc. vend. L. jurisgentium*, §. *adeo, D. de pact.* At quomodo recessum, nisi consensu: ubi autem hic consensus? Et hic itidem non apertus consensus est, sed tacitus, qui hoc modo colligitur. Constat non ideo hic posteriorem emptionem interponi, ut duæ essent emptiones, sed una: quoniam ad rem emendam una emptio sufficit, pertinetque huc, quod de stipulatione dicitur, eum qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non teneri. *L. qui bis, D. de verb. obl.* Quorsum igitur secuta posterior, nisi ut aut sit inutilis, aut si manet, per hanc a priore recedatur? Inutiliter adjectam dicere non licet: est enim contra mentem contrahentium, qui aliquid agere voluerunt: estque hæc perpetua voluntatis interpretatio in omnibus rebus contractis, actionibus, et supremis voluntatibus, ut quoad natura rerum pati potest, id accipiatur, quo res de qua agitur, magis valeat, quam pereat. *L. quoties in actionibus*, *D. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus*, *D. de verb. obl.* Restat ergo, ut inintelligatur ideo interposita, quo sola valeret, et per hanc discederetur a priore. Quod et in omni posteriore pacto receptum est, regula in eam rem ita concepta, pacta novissima servari oportere. *L. pacta novissima*, *C. de pact.* Neque enim si contraria sunt, novissimum servari potest, nisi a priore recedatur. Sed meminerimus hoc dicere nos, recedi hoc modo a priore emptione, si idem eamdem rem emat pluris, minorisve, quam ante. Quod si idem emetur postea eodem pretio, posterior emptio nihil aget, non solum si posterior emptio eodem modo contracta erit pure, sed etsi quod pure quis emit, emat postea sub conditione, ut posterior emptio aliquid novi habeat præter priorem. *L. si id quod*, *D. de resc. vend.* Hoc ideo, quod posteriorem hanc emptionem semper necesse est aut nullam esse, aut inutilem. Nullam, si conditio ejus deficit. Inutilem, si conditio existit, ex qua commissa posterior emptio nihil amplius continebit, quam prior, cum hic eadem sit res, idem pretium, idem emptor et venditor.

CAP.

CAP. XX.

Quæ obligationes nudo consensu non dissolvuntur, eas duobus modis a consensu dissolvi posse, Novatione & Acceptilatione: & De Novatione tum voluntaria, tum necessaria.

Transitio. I.
Novatio quid sit. Tribus constat. II.
Primo: *nova obligatione. Hæc stipulatione, et accepto judicio constituitur et quatenus.* III.
Non constituitur nudo pacto, et quare. IV.
Ex stipulatione novatio voluntaria, ex judicio necessaria: distinguendi ratio. V.
Novatio voluntaria quid sit. Ad hanc desiderari. VI.
1. *Stipulationem sive in præsens conceptam, sive in diem.* VII. VIII.
Sive sub conditione; si fuerit stipulatio commissa. Hoc quale sit. IX.
Stipulatio pure concepta quomodo fiat ex re conditionalis. X.
2. *Rem stipulatione novante promissam, aut eamdem quæ prius debebatur, aut aliam pro ea.* XI.
Nisi hæc alia talis sit, quæ ad creditorem transire non possit: et quæ hujusmodi. XII.
Exponitur L. si ususfructus 4. D. de novat. XIII.
3. *Personas stipulatione, et promissione novantes.* XIV.
Stipulatione novat creditor, aut alius pro creditore habitus; et qui talis. XV.
Alius ab his novare non potest, et si possit solutionem recipere; et quare. XVI.
Promissione novare potest cum debitor, tum alius quivis pro debitore vel ignorante aut invito. XVII.
Etiam si talis ille sit qui natura obligetur dumtaxat, vel lapsus facultatibus. XVIII.
Item sive hoc delegante debitore, seu sponte faciat. XIX. XXI.
Item sive stipulatione, sive judicio accepto novationem faciat. XXII.
Creditori invito delegari non potest, quemadmodum nec invitus delegari. Cedi actio tamen potest adversus invitum. Differentiæ ratio. XX.
Secundo: *præcedente alia obligatione. Qualiscunque præcesserit, novari potest.* XXIII.
Tertio: *animo novandi. Hic minime dubius esse debet ex Justiniano; secus ex jure veteri.* XXIV.
Quid si de animo novandi non constet. XXV.
Novationis effectus duplex, et qui. XXVI. XXIX.
An qua defensione uti poterat delegatus adversus delegantem, eadem et adversus eum cui delegatus est, uti possit. XXVII.
Quid si delegatus et adversus secundum creditorem veterem habeat defensionis caussam: et quæ sit talis. XXVIII.
Quatenus utilis liberatio debitori novatione liberato. Quæstionis status. XXX.
Item quot ex caussis possit esse utilis. XXXI.
Singulæ hæ compendio exponuntur. XXXII.
Novatio necessaria quid sit. XXXIII.
An contestatione litis cum debitore fiat prioris obligationis novatio. XXXIV.
Negantis sententiæ momenta proponuntur. XXXV.
Affirmans sententia probatur. XXXVI.
Contraria diluuntur. XXXVII.
Necessaria novatio quot nominibus utilis creditori. Singula breviter enarrantur. XXXVIII.
Qui conveniant necessaria et voluntaria novatio. XXXIX.
Item qui differant. Ratio differentiæ ex caussis. XL.
Item ex effectis. XLI.

I. Quæ obligationes nudo consensu dissolvantur, et quibus conditionibus, diximus. Quas si recte duas esse posuimus, naturalem, et civilem eam, quæ consensu con-

contrahitur, si modo et ab hac recedatur rebus integris, neque plures secundum regulam juris esse possunt: sua sponte jam intelligitur has omnes solo consensu dissolvi non posse: quæ sunt ex quasi contractu; quæ ex maleficio; quæ ex iis contractibus, in quibus contrahitur obligatio aut re, aut verbis, aut literis; sed et quæ nudo consensu contractæ sunt, si ab his recedatur rebus non integris. Num ergo hæ consensu dissolvi non possunt? Immo possunt, sed non solo; verum cum ad consensum idoneum aliquid quod valeat ad liberationem, accesserit. In quo duæ species jure receptæ sunt: Novatio, et Acceptilatio: de quibus et distincti tituli D. et C. De novationibus, et de acceptilatione. Genus utrumque ejusmodi, quod consensu constet citra ullam solutionem, præstationemve naturalem: sed consensu non solo, verum cui nova obligatio, verba, aut litis contestatio accedant: quod ex unoquoque genere intelligetur.

II. Novatione obligationem præcedentem ipso jure tolli constat. De quo est in §. *præterea*, *Institution. quib. mod. tol. obligat.* Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem [1] transfusio atque translatio: hoc est cum ex præcedenti caussa ita nova constituitur, ut prior perimatur: unde et novationis verbum, quod ex priore obligatione constituatur nova. Sic Ulpianus de re, et verbo novationis in *L.* 1. *D. de novat.* Fit hæc translatio, proinde et novatio, cum id quod prius debetur, deducitur in novam obligationem, quibus modis jure deduci potest, eo animo, ut prior obligatio novetur. Itaque omnis novatio tres has res desiderat in summa: novam obligationem jure constitutam; veterem obligationem, quæ in hanc deducta sit; et animum novandi. Quæ cum interveniunt, perficitur novatio ab iis, a quibus et liberatio esse potuit: si quid deest, novatio non erit; sed aut duæ erunt obligationes prior et posterior, aut si posterior exitum non habebit, semper salva manebit prior. Duo priora definitio novationis satis indicat, et probat, *L.* 1. *D. de novation.* tertium etiam jure vetere valuit nunquam novationem fieri, nisi cum id agitur, ut prior obligatio novetur. Definitum in *L.* 2. *D. eod.* constitutum amplius in *L. ult. C. eod.* sed et de eo paulo post plura.

III. In primis cum de novatione quæritur, quoniam initium liberandi habet a nova obligatione, novam hanc obligationem constitui oportet, cui deinde reliqua accedant, ut in eam deducatur, quod prius debebatur, et deducatur animo novandi. Constitui nova obligatio, in quam transferatur, quod ante ex alia caussa debebatur, duobus tantum modis potest; [2] stipulatione, et judicio. Stipulatione, cum creditor novandi animo stipulatur id quod sibi debetur, aut aliud pro eo. Judicio, cum judicio petiit, quod sibi debetur, et eo nomine litem contestatus est, seu ut idem hoc veteres dicunt, judicium de eo accepit. His modis novam obligationem constitui constat. De stipulatione jus certum est, quod stipulanti promissum sit, jure civili deberi. §. *de constituta*, *Institution. de action. Institution. de verb. obligat.* in princip. Sed et judicio contrahi, sicut stipulatione Ulpiani sentantia est in *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* dum scilicet reus apud judicem hoc dicere intelligitur, volo judicari, et si condemnatus ero, solvam judicatum: de qua obligatione diximus suo loco inter eas, quæ re contrahuntur.

IV. Neque vero pluribus modis nova obligatio constitui potest utilis ad novationem. Declaratur id, cum dicitur delegatio, quæ est species novationis, fieri per stipulationem vel per litis contestationem. *L. delegare*, *D. de novation.* Item cum extra judicium dicitur sic novatio fieri, si prior obligatio novetur verbis, si transeat in verborum obligationem. *L.* 1. *L.* 2. *D. eod.* Sic fit, ut si quis [3] nudo pacto constituat se præstiturum, quod alius debuit, quanvis novandi animo id faciat, nulla tamen sit novatio. An quod ex pacto nudo non nascitur actio, nisi naturalis? *L.* 5. §. *Imperator*, *D. de solutionib.* Hæc autem proprie obligatio non est, ex qua actio non competit? *L. fidejussor obligari*, §. *fidejussor*, *D. de fidejussor.* Sed constat etiam naturalem obligationem ad novationem sufficere, si in eam prior obligatio transferatur. *L.* 1. *D. eodem.* Vera igitur hæc caussa est quod nudo pacto obligatio prior civilis non tol-

1) Quam definitionem exponit ac tuetur, objecta dissolvens, Gœl. *de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 7. qui hac de materia tractat *d. C.* 5. *Concl.* 6. *et* 3. *seqq. et C.* 12. *Concl.* 2. de qua et Duar. *ad h. t. D.* Donell. noster *ad Rub. et L.* 1. *ac* 3. *C. h. t.* Hortens. *ad LL. D. h. t.* P. Greg. 21. *Synt.* 20. *et seq.* Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fi. P.* 1. §. 12. *limit.* 6. Jo. Vinc. Hondede. *Vol.* 2. *Cons.* 40.

2) Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 2. primum dispescit Novationem in Novationem specialius dictam et delegationem; Illam rursus in voluntariam et necessariam. Hanc (delegationem) iterum in eam quæ stipulatione fit, et quæ litis contestatione, et ita quoque Treutl. *P.* 2. *Disp.* 29. *Th.* 5. Sed rectior nostri divisio, quia delegatio omnis voluntaria.

3) Nec item alio contractu, veluti mandato, ut post alios, contra Bartolum et sequaces probe adstruit, nihil pro eorum sententia facere *L.* 45. §. *ult. Mand.* ostendens Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 7. *n.* 90. *et seq.*

tollitur, quæ quidem nudo consensu non sit contracta: verbis et stipulatione tollitur. In stipulationibus enim jus, in pactis factum versatur, ut est in *L. si unus*, §. *pactus*, *D. de pact.*

V. Stipulatione si nova constituitur obligatio, voluntaria hæc constitutio est: interponitur enim stipulatio inter volentes ex consensu. *L. inter*, §. 1. *L. continuus*, §. 1. *D. de verb. obligat.* Judicium et litis contestatio si intercedit cum eo, adversus quem actio erat, suscipitur necessitate hujus judicii obligatio, quoniam judicium redditur in invitum, *d. L. inter*, §. 1. *de verb. obligat.* quo fit, ut si ex utraque re novationem fieri posse volumus, recte appellaturi simus illam novationem voluntariam, hanc necessariam. Et vero illam quæ per stipulationem fit, aperte voluntariam novationem vocat Paulus in *L. aliam*, *D. de novat.* cui cum idem opponat judicium acceptum, et ab ea tanquam alteram speciem ejusdem generis separet, satis declaret se et in judicio accepto novationem ponere, et eam necessariam. Non enim est alia, quæ voluntariæ recte opponatur, *L. alienationes*, *D. fam. erc.* Sed et de hoc genere paulo post amplius. Quod si his modis pariter obligatione constituta eodem modo fieret novatio, et pari effectu, nihil necesse esset hæc genera distinguere, neque nos in his distinguendis de verbis laboraremus. Nunc cum hæc genera novationis sint longe inter se diversa, sive rationem constituendæ obligationis, sive liberationis effectum spectes; necesse est jam ab initio hæc ipsa distingui, et ut res notæ sint, ipsa genera suis illis nominibus, quæ dixi, notari.

VI. Sint ergo novationis genera hæc duo, Voluntaria, et necessaria. Voluntaria novatio est, cum nova obligatio novandi caussa constituitur per stipulationem, interdum et per litis contestationem judicio nulla necessitate obligationis aut actionis suscepto. Per stipulationem hoc modo inducitur nova obligatio, ac per hanc novatio, cum creditor quod sibi debetur, vel aliud pro eo stipulatur a debitore vel ab alio quovis novandi caussa; inter quos modo ea novatio et liberatio transigi potest. Continet hæc summa breviter eas partes, quibus constat hoc genus novationis: quas distincte proponi, et sigillatim tradi non utile est tantum ad docendum; sed ideo necesse, quia habent singulæ suas leges, quas observari et teneri oporteat, sine quibus aut non contingit novatio, aut an contingat, juste dubitetur. Sunt igitur in hoc genere novationis tria, quibus constat et perficitur novatio; obligatio nova; obligatio vetus, quæ in novam deducitur; animus novandi. Sunt hæc quidem omnium novationum communia: sed in novatione voluntaria sunt ejusmodi, quæ certis et propriis rebus constent; quas res in singulis istis partibus hujus generis nunc quærimus.

VII. In nova obligatione, quam hic ad novationem constitui volumus, hæc insunt; stipulatio, unde hæc obligatio est; conceptio stipulationis; res promissa; personæ stipulantis et promittentis: quorum singula quid postulent, videamus. Sunt enim ejusmodi, ut aut certo modo constituta esse oporteat, aut an esse debeant, nonnulla sit dubitatio. Quorum utrumque explicatione et definitione certa indiget. Primum hic stipulationem esse volumus; ut intelligatur jam a principio omnem hic consensum nudum ad novationem prioris obligationis non nudo consensu contractæ inutilem esse. Id etiam supra attigi. Idque est, quod dicitur in *L. 1. D. de novat.* qualiscumque obligatio sit, quæ præcessit, novari verbis posse: verbis, id est stipulatione. *Inst. de verb. obl.* in pr. item in *L. 2. eod. tit.* omnem obligationem novari posse et transire in verborum obligationem. Verborum obligatio est, quæ nascitur ex stipulatione, aut ipsa adeo verborum conceptio, quæ nos obligat, id est stipulatio. Idem exigitur in *L.* 3. in fin. *C. eod.* Jam ante dixi ideo ad eam obligationem novam, quam hic quærimus, stipulationem valere, alium autem consensum nudum esse inutilem, quia stipulatione prior obligatio tolli potest; pacto non item. Novatio autem ad priorem obligationem tollendam comparata est.

VIII. Conceptio stipulationis novantis etiam hic spectanda: non enim ex quavis contingit novatio, aut non simpliciter. Conceptio stipulationis omnis in eo est, ut quod promittitur promittatur pure, aut in diem, aut sub conditione. §. *omnis*, *Inst. de verb. obligat.* De stipulatione pura non dubitatur, quin utilis sit ad statim novandum, cum non suspendat, aut differat obligationem. De ea quæ in diem sit, aut sub conditione, dubitatur; quia hæ obligationem aut suspendunt in totum, aut videntur differre. Nos autem ad novationem quærimus novam obligationem præsentem. Et placet etiam ex novatione in diem facta, statim novationem contingere. *L.* 5. *L. si Stichum*, 8. in fin. princ. *D. de novat.* merito: nam et hic quoque præsens obligatio est; etsi in diem differtur petitio. *L. centesimis*, in princip. *D. de verb. obligat.* Tantum hic monendi sumus, etsi hoc genere

re statim prior obligatio novatur; non tamen statim ex ea stipulatione agi posse, sed tunc solum, cum die venerit: quæ et cæterarum obligationum in diem conceptarum lex est et conditio communis. *d. L.* 5. *D. eod.* §. *omnis, Inst. de verb. obl.*

IX. Quod si quod debetur, novandi caussa promittatur sub conditione, hic non statim fit novatio, sed tunc demum, cum conditionalis stipulatio commissa fuerit. Quæ vero stipulatio non committitur, ex ea novatio contingere non potest *L. novatio D. de novat.* Dicitur committi stipulatio conditionalis, cum exsistente stipulationis conditione cœpit stipulatio in ea caussa esse, ut inde nascatur obligatio, et si favor personæ promissoris non impediat; ex ea agi possit. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* Id cum accidit, ideo fiet novatio, qua nova illa obligatio nata est, quam hic quærimus. Hinc recepta illa novatio, cum novationis caussa stipulamur ab aliquo, non quod jam nobis debetur, sed quod Titius debiturus est postea, hoc modo: quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes? Placet in hac specie si postea a Titio stipulatus sim, fieri novationem, et te solum teneri: quia scilicet a te stipulatus sim sub conditione, si a Titio stipulatus fuero. *L.* 6. *D. de leg.* 1. quæ conditio tunc impleta, cum ab illo fuero stipulatus, eodem tempore et priorem stipulationem committit: et Titii obligationem novat: hoc in *L. si Stichum*, 8. §. 1. *D. de novat.* Quod si quid eorum desit, quibus fit, ut ex conditionali stipulatione agi possit: quia nova obligatio nata non est, ideo nec ex ea stipulatione quæ non committitur, novatio continget. Ea autem tria sunt; si conditio exsistat, si eodem tempore res fit, quæ præstetur; si item et persona, quæ obligetur: Nam et conditione deficiente nulla obligatio nascitur: *L. cedere*, *D. de verb. sig.* et ut maxime existat conditio, tamen nec sine re quæ præstetur, ulla esse potest obligatio, nec sine persona, quæ debeat. Hinc placet, cum quod debetur promissum est sub conditione, novationem non contingere tribus temporibus. Uno, si conditio defecerit. Altero, si pendente conditione res promissa interierit. Tertio, si persona promissoris pendente conditione fuerit deportata: ubi scilicet cum exstitit conditio, non est persona, quæ obligetur: hæc summa *L. quoties, L. si rem*, in princip. *D. de novation.* De promissore deportato recte hoc dictum, qui alium heredem non habet, etsi fiscus bona occupando postea pro herede habetur. Non pertinet ad promissores cives Romanos, quibus pendente superiore conditione decedentibus, quanvis ante aditam hereditatem conditio exstiterit; nihilominus fit novatio: quoniam his mortuis cum exsistit conditio, est heres ad quem stipulatio transit: si non heres, at certe hereditas, quæ interim defuncti personam sustinet. *L. novatio*, *D. de novat.*

X. Illud monendi sumus interdum et stipulationem novam, quæ conceptione pura est, ex re ipsa conditionem accipere. Nam si quod sub conditione debetur, deductum sit pure in stipulationem novandi caussa [4] non tamen statim fiet novatio, sed tunc cum prioris obligationis conditio extiterit: scilicet quia nec prius obligatio esse potest, quæ novetur. *L. si stichum*, 8. in princip. *D. eod.* Dixi, si quid prius deberetur sub conditione. Nam si quod debetur in diem in stipulationem fuerit deductum, statim fiet novatio: quia et ante obligatio constitit, quæ novaretur, etsi nondum nata esset petitio. *d. L.* 8. in pr. *d. L.* 3. *D. eod.* Sed verius est, ne hic quidem ex posteriore stipulatione statim agi posse, antequam dies venerit, quasi in posteriore stipulatione repetito die. Significatur hoc obscurius in *d. L.* 3. sed certum argumentum præbet exemplum acceptilationis: de qua in *L. quod in diem*, *D. de accept.*

XI. Rem stipulatione novante promissam ita esse necesse est, ut aut promittatur idem quod prius debebatur, aut aliud pro eo. Utrumvis horum factum erit novandi caussa, novatio continget. Primum si creditor stipuletur idem novationis caussa, quanvis ab eodem debitore, [5] placet nihilominus priorem obligationem novari, et solum ex posteriore actionem superesse. *L. qui usumfructum,* 58. in fin. *D. de verb. obligat.* Nec quisquam hic nobis dicat, absurdum esse novationem fieri, ubi posterior stipulatio aut nulla est, aut est inutilis: hic autem posteriorem istam videri inutilem, utpote quæ contineat solum idem; quod prior. Est enim posterior re vera

4) Ubi ratio, quia obligatio ante novari et perimi nequit, quam esse incipiat. Atqui ante eventum conditionis nondum nata obligatio, Hortens. *ad L.* 5. *h. t.*

5) Nam etsi nihil plane amplius in posteriore stipulatione, novatio tamen contingebat, si id perspicue actum etiam jure veteri. Nec obstat §. *præterea* 3. vers. *sed si eadem I. Quib. mo. toll. obl.* Nam ibi jus vetus proponitur et refertur, quo si nihil expresse cautum erat, alias enim cessant conjecturæ, recurrebant ad conjecturas, in quibus inter alias ea regula, ut quoties obligationi priori aliquid adjiceretur vel detraheretur, tacite de novatione actum censeretur, vid. Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 8. *n.* 97. *et seqq.* Diss. Duar. *h. t. C.* 2. et alii a Gœd. citati et quodammodo Parlad. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 1. *C.* 12. *limit.* 6. *n.* 43.

ra inutilis creditori, sed non item promissori, qui priore obligatione liberatur, neque id sine fructu, de quo dicetur in vi et effectu novationis. Sed etsi creditor stipuletur aliud novandi caussa, quanvis ob alio quam a debitore, non minus novatio continget: ut si fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est, postea stipuletur novandi animo. *L. fundum*, *D. de novat.* Quidni? nam et aliud pro alio volente creditore solvi potest. *L. manifesti*, *C. de sol.* Hæc autem novatio creditori pro solutione est, cum alterius rei promissione contentus est ad liberationem.

XII. Sane si res alia promittitur, eam esse oportet, quæ a promissore transire possit ad creditorem. Quod si de re certa in novam obligationem deducenda actum est, et ea ad creditorem non potest transire, nec fiet novatio: quia nova ejus rei obligatio constitui non potest: *L. si mulier*, 59. §. 1. *D. de jur. dot.* et sine hac obligatione nulla est novatio. Id accidit, cum debitorem nostrum a quo nobis debetur, quod personæ nostræ cohæret, puta ususfructus, usus, habitatio, delegamus creditori nostro, ut idipsum creditori promittat novandi animo.

XIII. Quam ad rem extat apud Ulpianum in *L. 4. D. de novat.* species ex facto, et sctentia hujusmodi. Est aliquis debitor meus, qui mihi vendidit usumfructum fundi Corneliani, id est eum usumfructum, quem mihi constitueret in fundo Corneliano. Nondum constituto eo usufructu eoque cum adhuc ejus ususfructus debitor meus esset, eum ego delegavi, id est vice mea reum dedi tibi creditori meo, ut quem usumfructum mihi debuit in fundo Corneliano, eum tibi promitteret novandi animo; ego a te ea novatione liberarer. Ille delegatione admissa promisit tibi usumfructum fundi Corneliani, ac promissum tibi constituit, ut sic ususfructus tuus esse inciperet in eo fundo. Quæsitum est, an ego liberarer. Ait Ulpianus non novari obligationem meam; significans me creditori meo teneri, ut prius: quia non possim in proposito liberari, nisi novatione; hæc autem nulla in hoc facto intervenerit. At quamobrem nulla, cum hic nova stipulatio intervenerit promittente eo qui se obligare potuit, idque novationis animo? Nempe ideo, ut dixi, quia id actum est, ut debitor meus promitteret usumfructum quem mihi debuit: qui ut præstari alteri non potest, si nec ejus obligatio nova cum alio constitui ad eum præstandum est enim ejusmodi, cujus obligatio personæ meæ cohærens ad alium transferri non possit, quod de omni obligatione personæ cohærenti scriptum est in *d. L. si mulier*, 59. §. 1. *de jur. dot.* Qua ex re etiam illud summo jure accidit, ne debitor meus ea delegatione a me liberetur: quia delegatione non est consecutus, quod volui, nempe ut liberarer. Et hoc ibidem admittit Ulpianus; sed addit, quanvis debitor meus eo facto non liberetur a me ipso jure; tamen exceptione doli vel in factum debere eum tutum esse adversus me. Merito: quia cum ille mandatu meo se obstrinxerit ad usumfructum fundi Corneliani constituendum, eumque constituerit, non est æquum factum meum illi nocere. At quandiu tutus erit adversus me ista exceptione? Subjungit Ulpianus perpetuo tutum fore. Ait enim id ita futurum, non solum donec ususfructus creditori meo a debitore constitutus manet creditoris, quod fit quandiu vivit; sed etiam postquam is ususfructus ejus interiit, quod fit eo mortuo. Sed cum morte creditoris ususfructus ad debitorem meum redeat, atque ita jam ususfructus illi non absit, cur non liceat eum mihi jam ab illo petere, cum dixerimus eum a me non liberatum, nec sit iniquum petere, quod illi facto meo abesse desiit. Significat Ulpianus id esse caussæ, quod si ego morerer vivo creditore meo, cui debitorem istum delegavi, nihilominus post mortem meam maneret ususfructus creditori constitutus: cœpit enim ea constitutione ususfructus ejus esse; ut proinde non nisi morte ejus finiri debeat. Quod incommodum cum debitor ex persona creditoris sentiat in eo usufructu: æquum est, ut si quod est commmodum ex eadem persona, id quoque in eo usufructu ad debitorem pertineat, ex regula naturæ. *L. secundum*, *D. de reg. jur.* Id autem tale est, ut quemadmodum ex creditoris persona dum vivit, durat ususfructus; ita eadem persona sublata ususfructus, qui in ejus persona consistebat, omnino finiatur: quod ita fiet, si illo mortuo nunquam ad me redeat: hæc inquam, [6] sententia est. *L. 4. D. de novat.* loci, ut confitentur omnes, subobscuri. Ex quo saltem intelligimus, quod huc pertineat, in

6) Convenit expositio Hortensii *ad d. L. 4.* quia in dolo videor hanc rationem adferens, quod delegatio mea non valeat. Nec audiendus contra factum proprium, ceu non jure factum, controversiam movens *L. 25. de adopt.* Tutusque debitor finito usufructu etiam, ideo quia lucrum invidendum non est ex delegatione mea illi, qui ex eadem simile incommodum sentire potuit. Vid. et Jo. de Castillo *Contr. quotid. de Usuf. C.* 62. Cæterum nihil necesse est in *d. L. 4.* pro *videbimus* substituere *tuebimur* vel *tuebitur* vel *tutus erit*, ut Hortens. *d. lo.* Recte enim videbimus, id est dispiciemus, expendamus rationibus, ut et alibi.

in eas res quæ debitæ nobis, personæ nostræ cohærent, non cadere novationem, si debitor delegantibus nobis eas res promittat creditori nostro licet novationis caussa.

XIV. In personis novam istam obligationem contrahentium sunt, qui stipulatur, et qui promittit. In his quæritur, quis stipulari recte possit quod prius debetur, quis stipulanti promittere, ut novare præcedentem obligationem ille stipulando, hic promittendo possint. Et si de stipulatore quæritur; cum novatio liberatio sit, perspicuum est omnem stipulando novare posse, qui et debitorem liberare potest: et contra cui liberandi debitoris jus non est, huic nec novandi jus esse.

XV. Quæremus igitur, cui hoc modo jus sit debitoris liberandi. De quo ita facile statuemus. Quisquis stipulatur novandi animo, quod ante debetur, is aut creditor est cui id debetur, aut alius. Si creditor; omnis utiliter stipulatur, et stipulando novat, qui et liberandi jus habet: nisi cui adempta sit bonorum suorum administratio: consimiliter plane, ut in solutione fieri diximus, quæ admittitur a creditore liberandi debitoris caussa. In hoc numero posteriore sunt prodigi, pupilli, adolescentes, nisi aut meliorem conditionem suam faciant stipulando, aut rem gerant tutorum, curatorumve auctoritate. Ideo hi extra has conditiones negantur novare posse suas obligationes: cæteris hoc ipso id concessum intelligitur. *L.* 3. *L. novare*, *D. de novat.* Quod si alius quam creditor, stipulabitur animo novandi ejus quod creditori debetur, quia is rei dominus non est, sed solus creditor, dicemus id eum facere solum posse, qui jure et potestate creditoris in eo utitur. Quorum genera in quæstione de potestate solvendi, duo esse diximus: unum eorum, qui jure in rerum alienarum administratione pro dominis habentur: in quo sunt tutores et curatores: alterum eorum, qui voluntate domini ejusdemque creditoris rem administrant. Hinc placet tutorem pupilli, curatorem furiosi, prodigi adolescentis horum obligationem novare, si dominis hoc expediat. [7] *L. novare*, 20. *L. ult.* §. 1. *D. de novat.* Cæteros non aliter, quam si his voluntate creditoris datum sit obligationem novare. Datum intelligitur procuratoribus, si aut his omnium bonorum [8] administratio mandata est, aut id ipsum permissum nominatim, ut novarent, aut procuratores in rem suam dati sunt, id est, ii quibus creditor cessit actiones suas. Certe hos omnes jusjurandum deferre posse traditur in *L. jusjurandum quod ex conventione*, §. *ult. D. de jurejur.* De procuratore omnium bonorum, hunc novare posse, si expediat, diserte scriptum in *L. novare*, *D. de novat.* Huic similes sunt filius et servus quibus peculii administratio permissa est. Ideo et novandi quoque peculiaria debita jus habent, dum administrent, non donent. *L. ult.* in princ. *D. eod.*

XVI. Qui in superiorum numero non sunt, quia voluntate creditoris non utuntur ad novandum, novare non possunt: id est stipulando vel a debitore, vel ab alio novandi caussa, debitorem priore obligatione non liberant. Nam nec debitorum, nec cujusquam alterius pactionibus aut facto, creditorum petitio tolli aut minui potest. *L. servus. L. debitorum. L. filius*, *C. de pact.* et ut generaliter dicetur, nemo alterius conditionem potest facere deteriorem, nemo alteri jus suum detrahere. *L. solvendo*, *D. de negot. gest. L. non debet alteri*, *D. de regul. jur. L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel. alie. jur.* Idque adeo verum est, ut quanvis ex istis aliis sint aliqui, quibus alioqui voluntate creditoris solvi possit, non ideo tamen veterem obligationem novare possint. *L. non ideo*, *D. de novation.* Longe enim aliud est solutum accipere, aliud novare. Qui solutum accipit, habet pecuniam quam præstet creditori: qui novat, nihil accipit præter obligationem meram, quam nec ipso jure potest in creditorem transferre. In hoc numero sunt, adjectus stipulationi; servus et filiusfamilias in nummis peculiaribus creditis; is cui de pecunia exigenda aut soluta accipienda mandatum est. Hæc autem ita se habent. Si stipulatus sim mihi aut Titio dari, recte Titio mea voluntate solvitur. *L. vero*, 12. *D. de solut.* §. *plane*, *Instit. de inut. stipul.* Titius tamen novare non potest. *L. cui recte*, *D. de novat.* Servus et filiusfamilias si peculiares nummos crediderint, recte his solvitur. *L. si servus*, 32. *L. quod servus*, 34. *D. de sol.* Nemo tamen eorum per se novare priorem obligationem jure potest. *L. servus. L. non ideo. D. de novat.* Item si manda-

7) Pupillus autem nequit, etsi ei expediat per *d. L.* 20. *princ.* vid. Cujac. 25. *Obs.* 28.

8) Vel ad hoc specialiter constitutus. Non autem alius, ad exigendum et solutionem accipiendam datus *L.* 4. *C. h. t.* P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 5. Briss. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de Novat. pag.* 362. Ne igitur dicas, cum Hotom. 8. *Obs.* 19. neg. *d. Leg.* 20. deesse et rectius legi *non item procur. etc.* Vel saltem illa verba *tutor potest, si hoc pupillo expediat*, parenthesi includenda ut idem reddatur sensus, ne obstet *d. L.* 4. *h. t.* Quæ imo non obstat, cum nominatim loquatur de Procuratore speciale mandatum exigendi habente.

verim Titio procuratori, ut pecuniam a debitore meo exigeret, aut jusserim debitorem Titio solvere; in utraque specie debitor Titio solvendo liberatur: neutrubi tamen Titius stipulando id possit novare: quia non hoc ei permissum est. *L.* 4. *C. de novat. L. si debitorem, D. eod.* Et ideo, quod ita definitur in *L. cui recte, D.* hoc titul. *cui recte solvitur*, eum etiam novare posse: excepto Titio adjecto, qui novare non potest, licet recte ei solvatur: id sic accipiendum est, ut sub persona Titii adjecti intelligantur omnes personæ similiter exceptæ; quibus scilicet concessum est voluntate creditoris, ut his solvi posset, nihil amplius. Nam cur eas res aut personas, in quibus eadem ratio est distinguamus quod jus vetat. *L. illud, D. ad legem Aquil.* Sic ergo locus accipiatur, quasi in extremo ita scriptum esset. Idem et in omnibus similibus personis, quibus permissum est solvi, intelligendum est. Sciendum est tamen, quamvis quis, cui nec de pecunia exigenda, accipiendave quidquam permissum esset a creditore, stipulatus sit a debitore ejus novandi animo, si creditor postea ratum habeat, novari obligationem. *L. si quis absente, D. de novat.* Novaretur enim, si quid de ea novanda mandatum esset. Ratihabitio autem mandato comparatur: fieretque hoc idem et in solutione. *L. vero*, 12. in fin. *D. de solutionib.*

XVII. In persona promittentis non idem jus est, quod in stipulante: planeque in his idem servatur, quod in solutionis liberatione. Si cui solvendum est, soli creditori recte solvitur, aut alii voluntate ejus; quia is solus liberandi jus habet. At cum de solvente agitur, non debitor solus recte solvit, sed et extraneus quivis pro debitore solvendo eum ignorantem et invitum liberat. *L. solvere, D. de solut.* Ita est et novatio. Solus stipulando ac velut novam obligationem accipiendo recte novat creditor, aut alius voluntate creditoris. In promittendo autem ita jus est, ut sive debitor ipse promittat stipulanti creditori, vel alii voluntate ejus; sive alius quivis, si novandi animo id fit, novatio contingat, et debitor liberetur. Debitore promittente nulla dubitatio est; cum et liberetur ipse priore obligatione: in quo cuivis concessum est sibi consulere: et potest quisque seipsum obligare. De iis loquor, quibus bonorum suorum administratio non est interdicta. Nam prodigi, pupilli, adolescentes promittentes quod debeant, si in deterius mutent obligationem, eam novare non possunt: si in melius, possunt. *L.* 3. *D. de novat.* De alio quam debitore potest dubitari propter exemplum creditoris: qui solus, ut dixi, stipulando obligationem novare potest; alius nisi ejus voluntate non potest. Sed multum distat, utrum stipulando actionem creditori invito adimas, an promittendo creditori volenti debitorem liberes. Deteriorem conditionem alterius facere non possumus: meliorem possumus et ignorantis et inviti. *L. solvendo, D. de negot. gest.* Placet igitur, si quis sit, qui alioqui in re sua se obligare possit, si idem pro debitore promittat creditori novandi animo, eum novare obligationem, et debitorem liberare. Idque ita dicimus, ut in circumstantiis hujus extraneæ obligationis, nihil intersit ad novationem, neque quis promittat, neque quo dante, neque quomodo obligationem novam ad eam rem suscipiat.

XVIII. Primum in persona extranei promittentis nihil interest, quis sit neque in qualitate personæ, neque in facultatibus. In qualitate personæ ad obligationem constituendam pertinente est, si quis hac conditione personæ obligari possit civiliter, aut non possit. Hoc ergo est quod volumus: quisquis extraneus promittit novandi animo, novat præcedentem obligationem debitoris, sive civiliter obligari possit verbis, sive non possit, dummodo liber sit, et obligetur naturaliter. Ut puta, creditor quod sibi a Titio debebatur, stipulatus est a pupillo sine tutoris auctoritate. Pupillum non obligari constat nisi naturaliter. *L.* 1. in fin. *D. de novat.* eoque nec a pupillo exigi a pecunia potest, ut est conditio obligationis naturalis. *L. naturalis, D. de oblig. et act.* Placet tamen novationem fieri, ut et prior debitor liberetur, et nihilominus posterior stipulatio sit inutilis, atque hoc modo res creditori pereat. §. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obl. d. L.* 1. in fin. *de novat.* Et hoc est, quod dicitur in definitione novatio esse prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio. *d. L.* 1. Sane si servus idem promittat novandi caussa, non fit novatio, sed prior debitor perinde obligatus manet, quasi postea nullus stipulatus fuisset. *d.* §. *præterea, quib. mod. tol. oblig.* Non quod non obligetur servus naturaliter: *L. servi, D. de oblig. et act.* sed quod

9) Per verba *cui recte solvitur* expone cum Goth. qui jure suo solutum recipit, non qui nudum ministerium præstat.

quod jure civili quædam sunt caussæ, quæ ita in servo improbentur, ut si cum eo intervenerint, ne intervenisse quidem videantur. Unde nec ex his detur in dominum actio de peculio: cujusmodi sunt judicium, compromissum, jusjurandum. *L.* 3. §. *si servus. L.* 5. §. 1. *D. de pec.* Et in hoc numero habetur servi [10] intercessio, *d. L.* 3. §. *si filiusfamilias*, §. *Julianus*, *de pec.* Est autem genus intercessionis alienam obligationem in se suscipere, sive debitor accedas, sive obligationem in te transferas, quod fit novatione. *L.* 2. §. *ult. D. ad Vell. L.* 1. *C. eod.* Sed nec in persona extranei promittentis refert, quibus sit facultatibus, solvendo sit, an non sit. Qui promittit creditori pro debitore novandi animo, quanvis non sit solvendo, atque adeo nihil habeat in bonis, tamen prior obligatio novata est, et debitor liberatus. Idque ita est, quanvis debitor hunc ipsum promissorem delegaverit creditori. Bonum enim nomen promissoris, inquit Paulus, fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum. *L. inter*, §. *abesse*, *D. mand.*

XIX. Secundo loco cum alius quam debitor promittit idem creditori, aut eamdem obligationem suscipit, hoc dicimus sic eum novare priorem obligationem, ut nihil intersit, quo dante et impellente id faciat, utrum dante et delegante debitore, quam liberari volumus, an vero seipso dante, et ultro ad debitorem novatione liberandum accedente. Si quis debitore ipso dante promittat debitoris creditori novandi animo, minus mirum est, si novetur præcedens obligatio, et debitor prior liberetur. Contingit enim hæc liberatio voluntate debitoris. Certe hoc modo liberari eum constat. Est enim hæc datio id factum, quod in usu juris dicitur delegatio: si quidem delegare est vice sua alium reum dare. *L. delegare*, 11. *D. de novation.* idest, alium debitorem qui translata a nobis obligatione, se in locum et vicem nostram substituat. Id autem non fit aliter, quam novatione. Hinc delegatio species novationis quæ huc pertinet: qua eadem delegantem debitorem maxime liberari constat, ubi is vice delegantis se reum fecit creditori cui delegatus est, novationis caussa. *L.* 3. in fin. *C. de novat.* Hinc tituli de novationibus *D.* et *C.* concepti in hæc verba: *De novationibus et delegationibus*: ut sit sensus: De genere novationum, et peculiariter de ea specie novationis, quæ dicitur delegatio. Hæc species in hoc genere idcirco præcipue notata est a veteribus, quod quædam [11] propria sunt ejus speciei, cum in novatione ipsa facienda, tum in effectu novationis: quæ cum justam dubitationem haberent, necesse fuit ea certius confirmari.

XX. In novatione facienda ex hac caussa hoc præcipitur; nec invito creditori quemquam delegari posse, sed tantum [12] volenti, et ultro stipulanti creditori. *L.* 1. *C. de novat.* Nec ipsum qui delegatur, delegari posse invitum, etiam si sit debitor ejus, a quo delegatur creditori creditoris sui; *L. nec creditoris, C. eod.* et in summa, delegationem debiti, nisi consentiente, et stipulanti promittente debitore delegato, jure perfici non posse, ut definitio est *d. L.* 1. *C. eod.* Prius caret dubitatione. Nam qui ad liberandum debitorem priorem offert novam obligationem, quam in se suscipiat, offert aliud pro eo quod debetur. Certi autem juris est aliud pro alio invito creditore solvi non posse. *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* Quod autem dicimus nec debitorem invitum creditori creditoris sui posse delegari, justam dubitationem habuit: quæ idcirco certiore definitione fuit amolienda. Nam unusquisque actiones suas adversus invitum debitorem suum cedere potest creditori suo. *L.* 1. *C. de novat.* Quidni igitur et invitum debitorem delegare possit creditori, ubi eadem est actio adversus debitorem? Hoc igitur monemur, ne exemplo decepti idem hic quoque licere putemus. Ac ne moveamur exemplo, longe dissimilia hæc facta sunt ad actionem adversus debitorem nostrum constituendam. Cessio actionum non desiderat operam debitoris: quia geritur res inter cedentem, et creditorem cui ceditur. Nec exi-

10) Ita et Briss. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de Novat. p.* 384. addens et hanc rationem, quia etiam honorario jure nullus et ἀπρόσωπος est servus ac ita persona deest, in quam obligatio novata trasferatur *L.* 14. *in fi. h. t.* Novatio tamen inutilis propter personam servi, proficit ad pactum, si ex peculiari caussa servus novandi animo, pro suo creditore, cui tantum debet, expromittat. *L.* 30. *de pact.* ubi Cujac. et Hotom.

11) Vult. *in* §. *præterea* 3. *I. Qui. mo. toll. obl. n.* 2. *et seqq.* Delegationem a Novatione differre subjectis et forma. Delegatio, ait, est mandatum, quo creditor jubet debitorem suum, ut quod ipsi debet, promittat alii. Cui mandato si paretur, tum sequitur novatio et perficitur delegatio. Delegationis partes duæ: Mandatum quod præcedit, estque origo ac caussa delegationis. Ac stipulatio novandi caussa, ejusdem executio ac exitus. Novatio per se considerata simplex est; delegationi autem semper conjuncta novatio, Horteus. *ad L.* 11. *h. t.* Inchoatur, inquit mandato, perficitur stipulatione vel litis contestatione. Mandatum id aut fit debitori, ut creditori mandantis promittat; aut creditori ut adversus debitorem mandantis agat, ejusque actionem exerceat. Sed sic male confundit mandatum actionum cum delegatione. Sane si jussus debitor promittere, id faciat modo pacto, nulla delegatio; nec si idoneus esse desinat, periculum ejus est cui promisit, vid. Moll. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *P.* 2. *n.* 23. Delegari autem dicitur debitor, non creditor, tum quia nemo delegat nisi quod jure suum est *L.* 6. *de Jurisd.* tum quia delegare est obligationem solvere, quod proprium est debitoris, Horteus. *d. lo.*

12) Delegatio trium consensum requirit. Delegantis, a quo tamen verba non exiguntur *L.* 17. *h. t.* delegati, et creditoris, vid. Gud. *de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 9. *n.* 108. *et seqq.*

exigitur hic a reo, ut ullam obligationem novam in se suscipiat, sed ceditur adversus eum actio tantum vetus, eadem quæ fuit apud creditorem cedentem. At et hic si suo nomine ageret, potuit in eam caussam dare procuratorem, qui actionem exerceret. Delegatio [13] autem desiderat debitoris delegati operam et voluntatem. Est enim, ut dixi, novationis genus, quo id agitur, ut delegatus vice delegantis se reum faciat creditori, aut ei promittendo, aut judicium nomine debitoris suscipiendo. Nemo autem nova obligatione se obstringit nisi volens. *L. sicut, C. de oblig. et act.* Quod ad effectum novationis attinet in delegatione, hic admonemur debitorem delegatum ita teneri creditori cui delegatus est, ut nulla exceptione adversus eum uti possit, qua se adversus delegantem tueri potuisset: et hoc adversus justam dubitationem, quæ hic quoque aliud suadere videbatur: de quo dicetur amplius in effectu totius generis. Tantum nunc satis est intelligi, cur delegatio, cum sit novatio, dessideret propriam tractationem præter cæteras.

XXI. Sed, ut dixi, minus mirum est, si hoc modo novatur obligatio, et prior debitor liberatur, cum liberatio hæc contingat voluntate et opera ipsius debitoris debitorem suum in eam rem delegantis. Hoc dicimus; etsi ultro quis promittat, quod alius debet, novandi animo, novare eum obligationem, et debitorem liberare non tantum ignorantem, sed etiam invitum. *L. si Stichum*, 8. in fin. *D. de novat.* eodem plane modo, ut si pro debitore solvisset: nam et solvere pro ignorante et invito cuique licet. *L. solvere, D. de solutionib.* Hinc illud Pauli in *L. si debitor*, 91. *D. de solut.* si quis debitorem suum præsentem et invitum liberare velit, ubi nec ipse solutionem requirat, nec debitor admittat acceptilationem, id eum ita consecuturum, si liberaturus supponat aliquem, a quo debitum novandi caussa stipuletur. Sic enim futurum, ut quanvis creditor acceptum non fecerit, tamen debitor statim liberetur novatione, et simul res creditori pereat. Nam etsi promissor qui solus ad obligationem restabat, jure civili obligetur, quia verbis promisit: §. *de constituta, Inst. de act. Inst. de exc.* in princ. tamen petentem creditorem, ait Paulus, doli præscriptio excludet. Merito: hic enim non intercessit proprie, ut obligaretur, sed ut promissionem interponeret debitoris liberandi caussa. Id cum secutum sit, promissioni satisfactum est: nec debet quisquam ultra quam actum est obligari. *L. non omnis, D. si cert. pet.*

XXII. Postremo ita alius quivis nomine debitoris novare obligationem potest, ut nihil intersit quomodo iste alius obligationem novam in se suscipiat novandi caussa, dum modo jure civili cognito; puta utrum stipulatione, an vero judicio sponte suscepto pro debitore. Stipulanti creditori si quis promittat quod alius debet, jam dixi debitorem liberari, etiam si nolit. *d. L. si Stichum*, 8. in fin. *D. de novat.* Sed etsi pro debitore quis se offerat liti, et creditore agente suscipiat judicium, ut transferat in se obligationem, placet non minus et hoc modo novationem contingere, et liberari debitorem. Et hoc est genus illud liberationis, de quo est in *L. solutione*, 23. *D. de solu.* cum ita definitur, Solutione vel judicium pro nobis accipiendo, id est, dum quis pro nobis judicium accipit, et inviti et ignorantes liberamur. De solutione diximus suo loco. De judicio accepto quod illic dicitur, id ipsum est quod nunc dicimus, quodque ad hunc locum referri debet; liberari nos videlicet judicio accepto, cum quis alius judicium pro nobis accepit, et litem contestatus est: quia hic novatio est, utpote nova obligatione judicio contracta prioris novandæ caussa. Idem de judicio accepto traditur in *L. si pro patre*, in pr. *D. de in rem verso.* In quo tamen monendi sumus, judicium pro nobis acceptum sic hoc loco accipi debere, si quis non simpliciter judicium accepit tanquam defensor nostro nomine; sed si se liti obtulit, ut eam obligationem suam faceret. Alioqui si simpliciter exstitit absentis defensor et judicatum solvi satisdedit, non ideo debitorem liberari dixeris; cum hoc potius actum sit, ut manente vetere obligatione reus defenderetur, et nova defensoris obligatio ad priorem accederet. *L. Plautius, D. de proc.* Novandi autem animo accedente illa novatio est, quam dixi. [14] Voluntaria et ipsa non minus quam

13) Illic non novæ obligationi implicatur debitor, sed tantum veteris solutio et exactio alteri mandatur, Wes. *in Par. h. t. in fi.* P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 6. Et delegatio requirit stipulationem ejus cui delegatur, et promissionem delegati. Ergo utriusque consensum, Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 395. Goed. *d. C.* 5. *n.* 152. Illic cedens actiones directas re integra retinet, hic delegans amittit quia exstinguitur obligatio, Hotom. 6. *Obs.* 16. Illic salvæ exceptiones contra cessionarium, quas debitor habuit contra cedentem, hic contra, ut *infra N.* 17. A. Fab. 12. *Conject.* 12. Sed nunquid requiritur ut delegatus sit debitor delegantis? Ita communiter volunt, ref. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 1. §. 12. *limit.* 6. *n.* 49. qui tamen contra delegationem esse, etsi sponte sua quis in se alienum debitum transtulerit, qui expromissor vocatur. Sed, vid. Fachin. 11 *Contr.* 54.

14) Ita et P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 14. Sebast. Medic. *de Bo-*

quam ea quæ sit per stipulationem. Quod enim diximus necessariam novationem esse, quæ fit per judicium et litis contestationem, de ea dictum est, in qua judicium vim suam obtinet, id est, in qua judicium instituitur adversus debitorem, adversus quem et actio est. Hinc enim et necessitas judicii suscipiendi, cum judicio conventus fuerit. Cum autem alius qui debitor non est, judicium suscipit, quia is nulla actione tenetur, suscipit volens, non ulla necessitate judicii coactus. Atque hinc est, quod delegatio, quæ species est novationis voluntariæ, dicitur fieri vel per stipulationem, vel per litis contestationem, *L. delegare. D. de novat.* ut sit sententia: cum quis vice sua reum dat creditori suo, quem delegatum dicimus, eum recte se reum constituere ex delegatione vel stipulanti creditori idem promittendo novationis caussa, vel creditore agere volente eodem animo judicium suscipiendo pro eo qui delegavit. Hoc cum alius quivis sua sponte novandi animo facere possit pro debitore extra delegationem, non dubium est, quin et et his modis novatio omnis transigi possit extraneo intercedente.

XXIII. Hæc de nova obligatione ad novationem necessaria dicta sunt. In qua cum superiora concurrent, recte constituta est nova obligatio idonea ad novationem. Exigit novatio alteram obligationem, nempe præcedentem, quæ in hanc novam deducatur, ut fiat prioris debiti in novam istam transfusio: quo modo supra novationem definivimus. De hac nihil amplius quæritur ad novationem, quam an nihil intersit, qualis sit obligatio et quomodo contracta, ut possit verbis novari. Quid enim, si re contracta sit, non verbis? quid si erit ex quasi contractu, aut maleficio, aut quasi maleficio? Etiamne hæ verbis novari et tolli possunt: cum ita sit regula juris, eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum est: ideoque et verborum obligationem verbis tolli? *L. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Et ita jus est, ut [15] qualiscumque sit obligatio quæ præcessit, sive verbis contracta, sive non verbis, placeat verbis novari posse, et transire in verborum obligationem: sententia bis repetita in *L.* 1. et *L.* 2. *D. de novat.* An non ergo id statui putamus adversus superiorem regulam naturæ de dissolvendis obligationibus? Minime. Constat enim obligationes omnes quovis modo contractus solutione recte et naturaliter dissolvi: nec quisquam est, qui cum id dicitur, putet adversus eam legem fieri. Et recte. Nam et solutione semper eodem modo tollitur obligatio, quo colligata est re in contrarium acta. Est enim obligatio omnis vinculum, quod constituitur nectendo, et rem adstringendo: solutio autem id factum est, quod maxime naturaliter præter cætera hoc vinculum resolvit. Nectebatur, quia non præstabatur, quod debuit. Hinc vero contrarium factum est præstatio. Si solutione recte et juxta regulam superiorem tollitur omnis obligatio: dicendum est eodem modo et recte solvi novatione: quoniam et in novatione solutio quædam est. Non enim tantum solvitur creditori, cum id solvitur quod debetur: sed et cum ei præstatur aliud volenti et admittenti. *L. manifesti, C. de sol.* At novatio est hæc ipsa alterius rei præstatio pro eo quod prius debebatur. Habet enim novatio obligationem novam, quæ tanquam traditur creditori, qua ille contentus sat habet, ut priorem debitorem liberet, quasi ea re alia pro priore debito accepta.

XXIV. Tertium superest ad novationem voluntariam, animus novandi. Quidquid debetur, utcumque deductum sit in novam obligationem vel verborum, vel judicii nulla necessitate suscepti ita demum novatio fit, si hoc agatur, ut novetur obligatio. Nisi novandi animo id fit, nulla novatio est. Etiam hoc jus vetus est, testatum multis locis, ut *L.* 2. in fin. *L. si Stichum.* 8. in pr. §. 1. §. *ult. L. fundum*, 28. *D. de novat. L.* 3. in fin. *C. eod.* ut in hac re nihil opus fuerit Justiniani constitutione ad ejus juris confirmationem, quod certum esset. Secuta tamen est ejus constitutio, quæ idem constitueret quidem. *L. ult. C. eod.* sed non hoc solum, verum quæ quod in hujus animi probatione incertum erat apud veteres, et materiam præbebat litibus, certe definiret, ne qua hic amplius superesset materia litium. Nam ut hoc explicatur in §. *præterea, Inst. quib. mod. toll. obl.* etiam hoc constabat inter veteres tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: sed hoc ipsum dubium erat, quando

vat. Q. 7. P. 1. ref. Gœd. *d. C.* 5. *Concl.* 8. *n.* 95. cui tamen id displicet putanti et hanc necessariam esse novationem, respectu caussæ seu rei, quia liti se alienæ offerens necessitate illa, qua alias reus obstringeretur. eum liberat, etsi quoad se sponte intercedat. Sed hæc parum urgent, et recte noster.

15) Nec tantum principalis, sed et accessoria fidejussoris, quod male quidam negant, quos refellit, Gœd. *d. C.* 5. *Concl.* 6. *n.* 40. *et seqq.* Etiam obligatio judicati *L.* 4. §. 4. *de re jud.* ubi effectus hic, ut ex caussa judicati parta executio ad initium novæ petitionis redigatur, Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 383.

do novandi animo videretur id fieri. Hic enim conventionem apertam non requirebant: admittebant ad voluntatem conjiciendam præsumptiones: ut sive alia persona idem promittens, sive in eodem promissore res alia, sive in condicione obligationis novi aliquid interveniret, ut dies, aut conditio; plerique putarent sine discrimine novationem fieri, alii certius aliquid de voluntate desiderarent: cujus dubitationis vestigia licet animadvertere in *L.* 8. §. 1. et deinceps usque ad fin. *D. eod.* Hinc ergo dissensiones veterum, et ex his dissentionibus lites. Harum materiam præcidere volens Justinianus cavit in universum de voluntaria novatione; quidquid ante debitum in novam obligationem deductum esset, a quocunque et quocunque modo deductum, ne aliter prior obligatio novari, aut quidquam de ea decedere videretur, nisi hoc inter contrahentes [16] expressum fuerit, novam obligationem interponi prioris novandæ et solius posterioris eligendæ caussa. Qua constitutione posita, si qui forte usquam in Pandectis loci occurrent, in quibus placeat prioris obligationis sine alia aperta conventione novationem fieri, intelligemus his locis derogatum superiore constitutione. In quibus occurrit ea species, cum quid, puta navem fieri stipulatus sum; et si non feceris, centum: in qua Paulus respondit posterioris stipulationis conditione exsistente transferri priorem in posteriorem, et quasi novationem prioris fieri. *L. obligationum fere*, §. *ult. D. de oblig. et act.* Hoc ille ex superiore veterum sententia de novandi animo ex præsumptione admittendo: qualis præsumptio vehemens in hoc factum incurrere videtur. Nos ex constitutione Justiniani novationem fieri negabimus: de quo, ut et de toto genere pœnalis stipulationis scripsi plura ad *L. ita stipulatus,* 115. in fin. *D. de verb. oblig.* Neque tamen propter superiorem constitutionem mutabimus illam sententiam veterum, qua placet cum quis mutuam pecuniam dedit, et ex continenti eam sibi reddi stipulatur solum ex priore stipulatione obligationem esse, si modo stipulatio sit utilis. *L.* 6. *D. de novat. L. si ita stipulatus.* 126. §. *Chrysogonus*, *D. de verb. obl. L. certi*, §. *numeravi*, *D. si cert. pet.* Non enim eo dictum est, quod vellent primo ex numeratione obligationem nasci, deinde hanc stipulatione novari: sed quia intelligerent id agi, ut sola stipulatio teneret, nulla autem esset ne ab initio quidem actio ex numeratione. Unde et hic novationem fieri aperte negarunt: hoc ita explicatur in *d. L.* 6. et *L.* 7. *D. de novat.* Quod si hic prior obligatio nulla est, quæ transferatur in aliam, nihil species ad constitutionem Justiniani pertinet: cui solum locus est in duabus obligationibus, quarum una deducitur in posteriorem.

XXV. Non est ergo novatio, ut eo redeam, cum quod ante debetur, deducitur in novam obligationem, sive constet non id agi, ut novetur prior obligatio, sive non aperte id actum sit, ut novaretur. Quid igitur hic fiet? Quod est consequens, quodque placebat veteribus, et Justiniani constitutione expressum est, ut hic duæ sint obligationes; vetus quæ quia sublata non est, manserit necesse est, et nova recte contracta, quæ ad veterem accesserit. *L.* 2. in fin. *D. eod. L. ult. C. eod.* §. *præterea*, in fin. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Hac lege tamen; ut si ex una solutum erit, quod debebatur, continuo tollatur et altera. *L. si Stichum*, 8. §. *ult. D. eod.*

16) Olim non aliter quam si id actum, hodie non nisi id nominatim expressum. Olim ad conjecturas recurrebant, inde quod tacite actum colligentes, hodie verbis testata professio exigitur, vid. A. Fab. 3. *Conject.* 3. P. Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 12. Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *n.* 100. *et seqq.* Nec recte Charond. *ad L.* 58. *de V. O.* etiam antiquo jure non novationem inductam, nisi aperte id expressum. Justinianum autem non hoc nove requirere, sed illud ut præterea specialiter remittatur prior obligatio; atque id exprimatur, et ut posterior pro priore eligatur. Atqui verba *d. L. ult. C. h. t.* itemque §. 3. *I. Quib. mo. toll. obl.* clariora esse quam ut ita eludi possint, quilibet legendo deprehendet. Nec obstat *d. L.* 58. Multis siquidem casibus, jure Digestorum non aliter novatio fiebat, quam si id specialiter actum, expressumve. Iis scilicet quibus nihil erat, ex quo colligi posset, voluisse contrahentes novationem fieri, ut in specie *d. L.* 58. si videlicet in posteriore stipulatione minus quam in priore, A. Fab. 5. *Conject.* 3. Atque ita non opus est, ut in *L.* 31. §. 1. *h. t.* verba *cum id specialiter agit*, Triboniano adscribamus, ut Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 393. Hortens. *ad L.* 2. *h. t.* Vult. *in* §. 4. *I. Quib. mo. toll. n.* 4. ut nec illa *si id specialiter actum* in *L.* 29. *h. t.* ut Hortens. *d. lo.* Nolim autem cum eod. Fabro. 3. *Conject.* 1. omnibus stipulationibus cautionalibus vim novandi tribuere. Minus juri convenit, quod vulgo DD. volunt, novationem etiam hodie per conjecturas apertiores probari, fierique quando manifestis argumentis liquet, contrahentes novare voluisse, etsi nominatim non testati fuerint, quia expressum etiam dicatur quod præsumptionibus et conjecturis apparet, ut Accurs. *ad L. pen. de præt. stip.* et quos citat Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fi. P.* 1. §. 12. *limit.* 6. *n.* 46. Gutierez. *de Juram. Confir. P.* 1. *C.* 63. *n.* 8. Gail. 2. *Obs.* 30. *n.* 3. Menoch. 3. *Præsumpt.* 134. *n.* 34. *et seqq.* quasdam earum conjecturarum recensens, ut et Vinc. Caroc. *de Excuss. bon. P.* 2. *Q.* 54. *n.* 9. *et seqq.* Quod refellit Parlador. *d. n.* 46. Et certe vix quidquam hac opinatione DD. Justinianeæ constitutionis tum verbis tum sententiæ manifestius repugnat. Quid enim quæso novi constituit aut in novatione constituenda innovavit Imperator ceu voluisse clare liquet, si adhuc præsumptiones admittimus et conjectus novationis caussam ducimus. Si expressum etiam id, de quo ex conjecturis constat, nonne eam expressionem etiam veteris juris conditores, ut Justinianus vocat, exigebant. Quin nonne apertis verbis exponit Imperator se definire, ut si non verbis exprimatur, sine novatione caussa procedat. Verbis expressum haberi, ubi verba nulla, quis admittet? Denique cum Justinianus in *d. L. ult.* definiat voluntate solum, non lege, novandum, vitiosam esse sequitur Accursii opinionem statuentis, quibus casibus veteri jure tacite facta novatio, iis hodieque contingere ope exceptionis, alias verbis legem magis impusuisset Imperator quam rebus, per L. *nihil interest* 112. *de R. I.* Quæ et recte communius reprobantur, Parlador. *d. lo. n.* 45. Gœd. *d. C.* 5. *Concl.* 9. *n.* 103. Fachin. 3. *Contr.* 91. Gail. *d. Obs.* 32. *n.* 3. Daniell. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 19. *P.* 2. *n.* 18. Sed nunquid et ad delegationem *d. L. ult.* pertinet. Maxime quatenus ea novationis species, vel per eam perficitur, vid. Parlador. *d. lo. n.* 50. Sichard. *ad d. L. ult. n.* 6. Diss. Wef. *in Par. h. t. n.* 8. Gail. 2. *Obs.* 30. *n.* 9.

eod. Ita enim hæ duæ sunt obligationes, ut sint unius rei. Bona autem fides non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides*, *D. de reg. jur.* Sed et quod dicitur, duas hic constitui obligationes, sic accipere debemus, si modo et posterior fuerit utilis. Quid enim, si unus debitor quod prius promiserat, idem iterum promittat nulla novandi voluntate nominatim interposita? Non possunt ne sic quidem plures hic obligationes esse, quam una: quia posterior nihil amplius continens quam prior, est inutilis. *L. qui. bis*, *D. de verb. oblig.*

XXVI. Demus jam illa, quæ supra diximus, ut et nova obligatio constituta sit per stipulationem, aut litis contestationem voluntariam; et in hanc novam prius debitum, prior obligatio aliqua deducta; idque animo novandi aperte testato factum sit: tum fiet voluntaria novatio, quam quærimus. Qua constituta, de vi et effectu ejus novationis cognoscendum est. Et quod novationis verbum per se indicat, ea vis duplex est. Nam et novam obligationem efficit novatio, et adfert simul prioris debiti liberationem. Novam obligationem novatione constitui aperte non longius petendum, quam ex ipso novationis verbo, atque hujus definitione: apparet enim, ut initio diximus, novationem dictam esse a novo, id est a nova obligatione: definiturque ea prioris debiti in aliam obligationem translatio. *L. 1. D. de novat.*

XXVII. De hac obligatione tantum id præcipiendum est, quod quibusdam exemplis demonstratur sub hoc titulo, eum qui novandi animo novam obligationem in se suscepit, sic teneri novo creditori, ut teneatur sine ulla exceptione, aut defensione quæ quandoque ex vetere aliqua caussa illi competierit. Supervacuum esset id monere, cum ex verbis stipulationis novæ appareat eum qui novationis caussa promisit, quod debebatur, simpliciter promisisse; nisi interdum incideret in hac re justa caussa, quæ rem dubiam faceret: adversus quam diligentius confirmari nos oportuit. Incidit autem hæc dubitatio in novatione quæ fit per delegationem, cum quis creditori suo delegavit aliquem tanquam debitorem suum. Quid enim si delegatus tueri se potuit aliqua defensione adversus delegantem? An non eadem uti possit et adversus eum cui delegatus est, non immerito dubitas: cum possit videri creditor in hac specie auctorem hujus obligationis habere eum qui delegavit, quasi a quo eam obligationem acceperit: constet autem qui jure auctoris pro se utitur, etiam ejus jure adversus se uti debere? *L. 4. §. de auctoris*, *D. de dol. ma. et met. exc.* Et in summa placuit, ne hunc quidem ulla defensione hujusmodi [17] uti posse. Nec injuria, utpote adversus eum, qui suum debitum persequatur, non alienum, et agat ex persona sua, non aliena. Quod quo fiat certius, proponuntur hujus generis defensiones, quæ justæ videri possint, duæ. Quarum tamen utraque removetur a veteribus: ut partibus remotis, summam ipsam quam fecimus, remotam esse intelligamus. Una defensio est, si quis non debitorem quasi debitorem delegaverit creditori suo. In qua specie si delegatus ab eo qui delegavit, conveniretur rebus etiam integris, jure illum summoveret. Negaret enim se ei quidquam debere. Num ergo et hac de caussa tueri se exceptione poterit adversus eum cui delegatus est? Negat Ulpianus exceptionem hic locum habere. *L. si non debitorem*, *D. de novat.* Tantum ne res pereat delegato, cui justus error nocere non debet, competere ait condictionem indebiti adversus eum qui delegavit. Merito; quasi ei solverit, quod ejus nomine solvit alii. *L. si per ignorantiam*, *C. de cond. ind.* A creditore certe nulla repetitio est, qui suum recepit. *L. repetitio*, *D. de cond. ind.* Altera defensio delegati est, quæ speciem æquitatis habeat; si delegatus sit qui jure civili debuit, sed exceptionem aliquam habuit adversus delegantem. Ut puta, debuit quis Titio centum: sed vi aut dolo promissa, unde illi doli exceptio adversus Titium. Debuit; sed pactus est Titius ne peteret: aut eo deferente juravit debitor se non debere: aut illo agente debitor judicio est absolutus. Unde illi adversus Titium exceptiones, pacti jurisjurandi, rei judicatæ. *Inst. de exc.* in pr. et deinceps. Debuit; sed promissa donationis caussa: qua in specie donatori exceptio est, ne conveniatur ultra quam facere potest. *L. inter*, §. 1. *D. de re jud.* His exceptionibus tutus delegatus est a Titio creditori ejus, cui et stipulanti promisit, quod illi debebatur: idque forte per errorem, dum ignorat eas exceptiones sibi competere. Num ergo et his exceptionibus uti poterit adversus credititorem delegatus? Negant veteres itidem ut et illud superius. *L. doli*, *L. pen. D. de novat.* Et recte utrumque. Priori enim creditori deleganti le-

17) *L. 5. §. pen. de doli exc.* vid. A. Fab. 12. *Conject.* 12. ubi excipit, nisi commodum exactionis ex delegatione ad delegantem reversurum sit, quia agens suo nomine ad commodum alienum in eadem caussa est, qua agens alieno nomine. *L. 3. 9. §. 1. de Procur.*

legatus nihil debuit: posteriori cœpit debere id, in quo ipse a suo debitore nulla exceptione potuit removeri. Et ut est in *d. L. pen. D. eod.* creditor posterior suum persequitur. Cur ergo aliqua exceptio eum removeat? Atenim delegatus convenitur a creditore ex persona delegantis: ut proinde ex hujus persona eadem exceptio objici creditori possit, quæ deleganti. *arg. d. L.* 4. §. *de auctoris, D. de dol. mal. et met. exc.* Immo convenitur delegatus ex persona creditoris; qui, ut modo dixi, persequitur sibi debitum, non quod deleganti. Non debuit quidem delegatus deleganti sine exceptione: sed hoc debitum delegatus non spopondit creditori secundo: verum id quod qui delegabat, ei creditori debuit. Atqui hoc creditori debitum fuit ante novationem sine exceptione. Eodem modo igitur debebitur et post novationem: cum tale in novam obligationem translatum sit, quale prius fuerat.

XXVIII. Sane si in secunda promissione eadem caussa exceptionis intervenerit adversus secundum creditorem; nemo dubitabit, quin et adversus eum eadem exceptio locum habeat, quæ adversus priorem. Cujus rei exempla hæc sunt in *d. L. doli.* Creditor mulierem quæ apud se intercesserat pro alio, delegavit creditori suo; quæ et delegationem secuta huic creditori promisit, quod ei a delegante debebatur. Placet mulierem et adversus hunc secundum exceptione Vellejani uti posse, similiter ut et adversus delegantem poterat. Nempe quia et huic secundo promittendo, atque hoc modo alienam obligationem in se suscipiendo intercedit: ut proinde ex eadem caussa exceptionis, quæ illi adversus secundum creditorem nata est, eadem quoque exceptio adversus eum valere debeat. Propone etiam minorem a creditore suo delegatum promisisse ei cui delegatus est. Placet et hunc eadem defensione ætatis se tueri posse, quia potuit et adversus delegantem: quia hæc caussa defensionis adversus delegantem fuit, quod minor ei promisisset, et quod esset circumscriptus. At si secundo promittit, eodem modo et minor est, et circumvenitur. Sit igitur ex nova et eadem caussa posteriore eadem exceptio.

XXIX. Quod ad liberationem prioris liberationis attinet, hæc novationis maxime propria est: cum novatione id agatur, ut discedatur a priore obligatione, atque hac sublata constituatur nova. Quod ipsum et novationis verbum indicat. Dicimur enim rem aliquam novare, cum ex vetere commutata aliam novam facimus. Quo modo et novari dicitur prior obligatio, cum ex ea perempta facimus novam, in quam prior illa transferatur. *L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *L. servus, D. de novation.* Sit igitur hoc constitutum novatione [18] tolli priorem obligationem. §. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obligat. L.* 1. *D. de novat.*

XXX. Circa hunc liberationem illa dubitatio incidere solet, quam sit liberatio utilis debitori novatione liberato. Non sane tunc, cum alius quam debitor novandi animo debitoris obligationem in se suscepit vel delegatus, vel sine delegatione. Tum enim utilitas ejus liberationis manifesta est; cum debitor priore obligatione liberatus omnino nec teneatur nova. Ne tunc quidem id magnopere quærendum est, cum idem debitor novandi animo promisit, sed aliud, quod aut minus esset, aut præstitu debitori commodius. Nam et tunc liberationis utilitas non est obscura, etiam si nova obligatio accesserit. At quid si idem debitor novandi caussa quod prius debebat, promisit eidem creditori, non aliud? Nam et hic novationem fieri diximus. *L. qui usumfructum*, in fin. *D. de verb. oblig.* Cui autem bono ista liberatio, si priore obligatione liberatus, nihilominus posteriore, quam te ex novatione subire necesse sit, idem quod prius debeas.

XXXI. Et ut intelligatur, quam hic quoque liberatio sit utilis, de vi et potestate liberationis, quæ per novationem contingit, in commune sic habendum est, quod ad omnes debitores novatione liberatos pertineat: liberari nimirum debitorem novatione non tantum obligatione priore; sed etiam ita, ut si qua sint ejus obligationis incommoda, una evanescant. Incommoda prioris obligationis priori debitori hæc esse solent, certe esse possunt; periculum interitus rei debitæ; pœna ea obligatione promissa; usuræ accedentes; privilegium actionis; ejus obligationis accessiones, in quibus sunt fidejussores et pignora.

XXXII. Periculum interitus ex priore obligatione tale est, atque hoc modo novatione amovetur. Qui Stichum debebat, interpellatus in eo solvendo moram fecit. Moræ hæc pœna est, ut si Stichus pereat postea, periculum sit debitoris; quem placet teneri ni-

18) Novatio et parit obligationem (eoque respectu contractus est, quatenus stipulatio Goed. *de Contr. stip. C.* 1. *n.* 72.) et tollit. Nec proprie solutio est, sed illi similis *L.* 31. §. *ult. h. t.* Sicuti adoptione filiifamilias mutatur magis patria potestas quam tollitur, Hort. *ad Rub. h. t.*

nihilominus, perinde ac si homo viveret, mora obligationem perpetuante. *L. nemo*, 82. §. 1. *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verbor. obligat.* Idem cum ita in mora esset, eumdem Stichum promisit creditori novandi animo. Dicimus debitorem eo periculo liberari, ut quanvis Stichus decedat postea, tamen debitor non teneatur. *L. si Stichum*, 8. in pr. *D. de novation.* Non enim tenetur ex posteriore obligatione, ex qua debitor moram non fecit. *L. si ex legati*, *D. de verbor. obligat.* Sed nec ex priore; quoniam hæc novatione sublata est, et una cum ea incommoda omnia, quæ inde pendebant; in quo numero fuit periculum interitus, quod rem inde debitam sequebatur. Sed et debitor dicitur hic eo periculo liberari, quia novatione mora ejus purgata sit. *d. L. si Stichum*, in princip. Mora ideo hoc modo purgata, quia creditor novatione a priore obligatione discedens, aperte debitori remittit instantiam petendi ex priore obligatione. Omissa petendi instantia, mora purgatur. *L. mora*, *D. de usur.* Pœna priore stipulatione promissa eodem modo deberi desinit. Utputa, qui Stichum promiserat Calendis, et si ad diem datus non esset, pœnam, si eumdem Stichum postea creditori promisit novandi animo in eamdem diem. Placet si ad diem Stichum non dederit, nihil amplius debiturum, quam Stichum: pœnam non debiturum. Non enim hanc committi posse, nisi ex priore stipulatione: hæc autem novatione sublata est: hoc in *L. si creditor*, 15. *de novat.* Eadem ratio usurarum, ut si hæ debebantur ex priore caussa, novatione prioris obligationis secuta, deinceps non currant, idest, desinant deberi. *L. novatione*, 18. *L. emptor*, 27. *D. eod.* Eadem de caussa novatione facta interit privilegium, si quod fuit, prioris actionis: puta dotis, inquit Paulus, aut tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem id quod tutelæ nomine debetur, idque novandi animo. *L. aliam*, *D. eod.* Est autem hoc privilegium dotis, ut mulier in dote præferatur omnibus aliis chirographariis creditoribus. Sed et tacitam hypothecam habeat, qua præferatur aliis creditoribus etiam hypothecam habentibus. *L. quæsitum*, §. *ult. D. de reb. auctor. judic. poss. L. unica*, §. 1. *C. de rei uxor. actio.* Tutelæ actionis privilegium idem, ut pro officio administrationis tutoris bona pignori obligata teneantur minori. *L. pro officio*, *C. de administ. tut.* Hæc inquam, privilegia intereant novatione, ut jam mulier aut minor novatione facta non utantur prærogativa prioris temporis, sed exæquentur cæteris creditoribus, nec hypothecam habeant. De accessionibus jus certum, in omnibus speciebus liberationum hoc evenire, ut simul liberentur accessiones, ut fidejussores et pignora, *L. in omnibus speciebus*, *D. de solutionib.* Quare et si quid horum priori obligationi accesserit, nova interposita solvetur. *L. novatione*, *D. de novat.* Unde et illud eveniet, ut si creditor ab alio quam a debitore stipulatus sit novandi animo, ita liberentur res a priore debitore obligatæ, ut a secundo debitore sine consensu prioris obligari non possint. *L. Paulus*, 30. *D. eod.* Quæ cum ita sint, est ex omni obligatione nova, in quam prior deducta est, novatio, si id actum est, sive idem debitor promittat idem novandi animo, sive alius. Est et ex omni novatione prioris obligationis liberatio; et liberatio non utilis, quanvis qui priore obligatione liberatus erat, alia nova idem promiserit: quoniam una cum priore obligatione omnia incommoda ei adjuncta sublata sint, quæ in posteriorem obligationem non veniunt. Ad quod demonstrandum pertinet superiorum incommodorum enumeratio. Ideo necessaria in hac specie liberationis potius, quam in cæteris, de quibus locuti sumus, quia sine hac videri posset interdum liberatio esse inutilis, ut quæ ex una obligatione perempta incideret in aliam.

XXXIII. Atque hæc de voluntaria novatione. Necessaria novatio, quam hujus generis alteram speciem fecimus, est quæ per litis contestationem creditori cum debitore ipso interpositam contingit. Habet hæc contestatio novationem, quia in ea interveniunt sæpe omnia, quæ sunt propria novationis. Nam præter quam quod inducit litis contestatio novam obligationem judicati, quæ judicium accipiendo inter litigatores contrahitur: *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* etiam hoc modo sæpe receditur a priore obligatione translata in posteriorem: fitque hoc voluntate actoris, qui judicio expertus hoc animo est, ut velit a priore recedi, et solam manere novam. Quæ omnia simul juncta cum conveniant definitioni novationis, necesse est et hactenus in hac specie intelligi novationem. Eam necessariam dicimus; quia necessitate judicii [19] interponitur a debitore. Necesse enim

19) Ita et Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 8. *n.* 76. *et* 2. *seqq.* quia etsi litis contestatio non sit invitorum, sed vere vel quasi

enim habet judicium suscipere, et litem contestari is, adversus quem invitum judicium redditur. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. oblig.* Redditur autem adversus invitum, si quis est debitor, adversus quem est actio, cujus jure pecunia ab invito exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. signif.*

XXXIV. Sed hoc posterius ita est, si modo litis contestatione prior obligatio creditori novatur, id est, tollitur. Duabus enim obligationibus integris manentibus, priore et posteriore, constat nullam fieri novationem. *L.* 1. *L.* 2. *D. de novat.* At videamus, ne hic omnino nulla sit prioris obligationis peremptio et novatio: eoque nec ulla novatio necessaria.

XXXV. Quod quidem [20] plerisque videtur: in quam etiam sententiam disserit Accursius, quam et probat ad *L. ult.* in prin. *C. de usur. rei jud.* Ejus rei argumenta hæc sunt. Novatione pignus tolli generaliter traditum in *L. novatione*, *D. de novat.* Idem in *L. solutum*, in pr. *D. de pig. act.* At si lis contestata sit cum debitore de ipso debito, placet hac contestatione pignus non tolli, sed obligatum manere, *d. L. solutum*, in princ. *de pig. act. L. grege*, §. *etiam*, *D. de pig.* Non fit igitur necessaria litis contestatione novatio. Et quid in una specie pignoris consistimus, quod negamus litis contestatione tolli? Generalis definitio est, non solere deteriorem conditionem fieri actorum, qui litem contestati sunt, sed meliorem *L. non solet. L. nemo enim. D. de reg. jur.* quo declaratur non fieri litis contestatione conditionem actoris deteriorem neque in pignoribus, neque in usuris, neque in accessionibus, neque denique in ullis commodis, quæ fuerunt prioris actionis in judicium deductæ. Atqui si in litis contestatione novationem admittimus, una cum priore actione hæc omnia commoda actori novatione pereunt; hæc enim novationis vis est, ubi illa intervenit, ut ante ostendimus. *L. si creditor. L. novatione*, *D. de novat.* At fit hoc modo litis contestatione conditio actoris aperte deterior in omnes partes. Quare et nec litis contestatione cum debitore interposita fit novatio prioris actionis; sed et post litis contestationem manet integra actori vetus actio, ejusque actionis commoda, et adjuncta omnia. Quidni vero maneat vetus actio, ubi reus condemnatus est, et sententia pro actore dicta, cum etsi reus absolutus sit judicio, tamen ne sic quidem litis contestatione sit sublata et novata prior actio? Constat enim absoluto reo nihilominus obligationem et actionem veterem durare, etsi ea removetur exceptione rei judicatæ, §. *item si. inst. de except.* Quod si litis contestatio veterem actionem actori victo non aufert, cui tamen maxime sententia nocere debuit: quanto minus vincenti auferre debet, ubi sententia actionem in judicium deductam illi confirmavit? Adde his, quod nulla novatio est sine animo novandi. *L.* 2. *D. de novat. L. ult. C. eod.* At cum creditor judidicio agit cum debitore, tantum abest, ut velit eo facto a priore actione recedere, ut maxime studeat eam salvam habere, et judicio persequi, quod ea actione debetur. Nam persecutio ejus quod nobis debetur, nihil aliud est, quam actio illa prior quæ in judicium deducitur. Nemo igitur hic dixerit litem contestando cum debitore, fieri ab actore prioris actionis novationem. Postremo ut forte actor litem contestando hoc animo sit, ut velit omnem actionem transfundere in obligationem judicati propter commoda ejus obligationis, quæ indicantur in *d. L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul. L. aliam*, in fin. *D. de novat.* tamen Justinianus vetat ullam novationem admitti, ubi nominatim id contrahentes id non expresserunt. *L. ult. C. de novat.* Ita cum nemo id exprimere soleat in lite cum adversario contestanda, non videtur pati ea constitutio ullam in hujusmodi contestatione novationem intelligi.

XXXVI. Sed verius est etiam litis contestatione cum debitore interposita prioris obligationis novationem fieri: dum tamen hoc adjiciamus quod regulæ juris postulant, si hoc actori expediat, ut credibile sit eum quoque id sensisse, atque id egisse. Certe aliquam novationem necessariam esse, et eam quæ

consentientium, judicium tamen cum invito. Sic sequestrum aliud necessarium, quia etsi id quoque fiat voluntate seu consensu, ceu species depositi, non tamen mero. Levia autem sunt quæ obiicit Hostens. *ad L.* 29. *h. t.* priorem speciem quidem recte dici voluntariam, quia ex utraque parte talis; hanc non recte necessariam, quia ex parte creditoris et ipsa voluntaria. Nam imo et hæc utrinque necessaria, quia licet in voluntate creditoris sit judicio experiri, tamen postquam jam experitur necessitate judicii contingit hæc novatio. Et ut largiar illa, num ideo vitiosa appellatio. Nunquid necessarium heredem ex. gr. cum voco filiumfamilias patri, necessitatem geminam tam in defuncto, ut eum habeat heredem, quam in herede, ut fit, arguo. Nimis autem hanc novationem restringit Hortensius, dum eam cum delegatione per litis contestationem *L.* 11. §. 1. *h. t.* confundit, tunc fieri sentiens, cum, cui actiones mandatæ sunt, cum cessionario litem contestatur. Agnosco equidem et tunc novationem fieri, perimique etiam actionem directam, quæ usque eo cedenti salva fuit, vid. *supra Lib.* 15. *C.* 43. At eam solam esse novationem necessariam omnino nego.

20) Briss. *Lib.* 2. *de Solut. Tit. de Novat. p.* 389. Vult. *in* §. 3. *Inst. Quib. mod. toll. obl. n.* 7. Sed novationem hic cum nostro agnoscunt Duar. *h. t. Cap.* 1. P. Fab. *ad L.* 86. *et seq. de R. I. P.* Greg. 21. *Synt.* 20. *n.* 2. *et C:* 21. Gœd. *ad L.* 36. *de V. S. n.* 11. *et de Contr. stip. C.* 5. *Concl.* 8. Hotom. 4. *Obs.* 5. A. Fab. 16. *Conject.* 14. Hort. *ad L.* 19. *h. t.*

quæ fiat judicio accepto, non obscure significat Paulus in *L. aliam, de novat.* Sic enim scribit, Aliam caussam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Primam hic nominat novationem voluntariam. Ex quo intelligitur, aliquam esse non voluntariam. Nam si nulla est, nisi voluntaria, stulte adjicitur volutaria discernendæ speciei caussa, ubi omnes novationis species sunt unius hujus generis. Deinde novationem voluntariam opponit judicio accepto. Quo declarat, et in judicio accepto novationem esse, sed non voluntariam, atque hujus aliam caussam esse, quam novationis voluntariæ. Nam si in judicio accepto nulla novatio est ne necessaria quidem, ita scribere debuit. Aliam caussam esse novationis, aliam judicii accepti: ideo ista simpliciter hoc modo opponens, quia non inesset in judicio accepto novatio. Sed omnem litem dirimit Justinianus in *L. ultim.* in princ. illic, *Si enim novatur. C. de usur. rei judic.* Ubi diserte definit, novari judicati actione priorem contractum. Et ne sine effectu, aut priore obligatione manente id ab eo dici existimemus, ait ideo novari, ut præcedentes usuræ currere desinant, quo ex actione nova judicati accedant centesimæ.

XXXVII. Nunc paucis de iis, quæ contra dici ostendi, respondebo. Et in summa ita res habet. Litis contestatione cum debitore interposita pignus non tollitur: et in universum neque in hac re, neque omnino in ulla alia litis contestatione fit [21] conditio actoris deterior. Proinde si quid commodi est in veteri actione, hic et vetus actio, et ejus actionis commodum etiam post litem contestatam salvum est creditori, quatenus natura ejus actionis patitur. Quo efficitur hactenus litis contestatione novationem non fieri: quod et concedimus. Admitto et illud, reo absoluto omnino litis contestatione non fieri novationem, sive creditori expediret id fieri, sive non expediret: quoniam semper ad novationem nova obligatione opus est, in quam transferatur vetus. *L. 1. D. de novationib.* Reo autem absoluto, apparuit ex eventu litis contestatione et judicio accepto nullam natam esse obligationem judicati, cum ita ab initio contracta esset, ut reus præstaret quod petitur, si esset judicatus: quæ conditio illo absoluto deficit. Sed si reus condemnatus erit, ut tum constare incipiat vere jam inde a lite contestata [22] contractam fuisse creditori novam obligationem judicati, expediat autem ei novam hanc obligationem sic accipi, ut a priore obligatione aliqua in re recedatur, et hactenus novatio fiat, ita jus esse reperiemus, ut placeat hactenus litis contestatione fieri istam novationem, quam dicimus, idque convenienter iis ipsis regulis juris quas posui supra, quibus efficitur unumquemque litem contestando conditionem suam facere plerumque meliorem, *d. L. non solet. L. nemo enim, de regul. jur.* In quo si animum novandi in actore quærimus, in promptu est. Nemo enim judicio agit, nisi ut quod petit, quam optima et tutissima via judicio consequatur. Quod si aliter non potest, quam priore obligatione remota: non dubium id quidem est, quin hic creditori animus sit, ut velit rem ita transigi. Neque vero in eo consensum novationis a reo exspectare debemus: quem exigere absurdum est ab eo, adversus quem invitum judicium redditur. Omninoque si quid in actione et intentione actoris utile est, id ex arbitrio et sensu actoris est æstimandum, *argum. in L. si quis intentione, D. de judic.* Multo minus exigemus in hac caussa, ut ambo actor et reus nominatim exprimant se hoc animo esse, ut lite contestanda fiat novatio. Nam in quo ne consensum quidem exigimus a reo, multo minus ab eo in ea re ut aperte consentiat, exigamus. Non adversatur Justiniani constitutio. *L. ult. C. de novationib.* quæ exigens, ut contrahentes de animo novandi exprimant, et præterea loquens de iis, quæ in secunda obligatione adjiciuntur ex consensu, ut et verba ostendunt, et declaratur amplius in §. *præterea. Institut. quib. mod. toll. obligat.* aperte ad voluntarias novationes pertinet, non ad necessarias, et ad judicium acceptum; in quo nihil novi adjicitur, sed petitur id solum quod ante debebatur.

XXXVIII. Nunc ne novationem istam neces-

21) Hort. *ad L.* 13. §. 4. *de pig.* Agendo eatenus duntaxat creditorem a pristina obligatione discedere, quatenus eam in meliorem et certiorem mutat. Hotom. 4. *Obs.* 5. et *ad L.* 1. *C. de judic. et ad L.* 8. *C. de pig.* Novari hic obligationem, sed non substantia ut in voluntaria, quæ essentiam obligationis immutat, sed duntaxat in forma ut ex temporali perpetua fiat. Sed melius Gœd. *d. C.* 5. *n.* 73. *et n.* 86. sufficere si hæ duæ species in generali et materiali effectu conveniant, ut communione generis contineantur. Nam quæ specie forma et fine differunt, utique et effectu formato et finali. Sicuti et stipulatio prætoria et conventionalis, sequestratio voluntaria et necessaria multum in effectis dissident. Quin imo A. Fab. 16. *Conject.* 14. *ex d. L.* 13. §. 4. infert hic novationem fieri, tum quia alia ibi ratio decidendi adfertur, tum quia alias nulla dubitandi ratio: quin si prior actio adhuc subsisteret, eique nova accessisset, pignora durarent.

22) Gœd. d. *Concl.* 8. *n.* 84. *et seq.* Judicatum per se non novat, sed ante factam novationem perficit, quia actor censetur hac conditione transfudisse priorem obligationem in judicialem, si res judicata sequatur. Quæ ratio firmior quam illa Hortensii *ad d. L.* 19. quia in omnibus imperfectis initium spectetur, ideo litis contestationi novationem hanc acceptam ferri. Aliter A. Fab. 16. *Conject.* 14. diversam novationem, quæ per sententiam, ab ea, quæ judicii acceptione fit, statuens.

cessariam videamur fingere, quæ nusquam est, ut in verbis tantum ponere, quæ non est in re: uti ea commoda est actori adversus debitorem agenti, ita licet eam spectare in his rebus: in petitione unius ex reis stipulandi; in usuris rei judicatæ, in pœnalibus actionibus judicio inclusis. Unus ex duobus reis stipulandi si judicio egerit adversus promissorem, scriptum est in *L.* 2. *D. de duob. reis* ea petitione totam solvi obligationem. Intellige priorem, non novam judicati, quæ potius petitione et litis contestatione agenti constituta est. Quomodo ergo prior sublata, cum nondum debitor solverit? Non alia hic ratio tollendæ prioris obligationis intelligi potest, quam novatio, et ea novatio, quæ inest in litis contestatiotione, de qua agimus. Inde autem hæc novatio, quia unus ex reis stipulandi agendo id spectat, ut eam actionem suam propriam faciat: quod non aliter fit, quam si prior obligatio tollatur, atque hoc modo adimatur alteri stipulandi reo, ne is aut postea agendo ad se traducat actionem, aut a debitore debitum accipiendo debitorem liberet. Id autem agenti tribuitur. Atque hinc si ex duobus reis stipulandi semel unus egerit, placet promissorem alteri offerendo pecuniam nihil agere, id est, a petitione semel instituta non liberari. *L. si ex duobus*, 16. *D. de duob. reis.* Quod certum argumentum est desiisse promissorem pecuniam illi alteri debere: nam si ei adhuc pecunia debita esset, ut prius, ei quod debetur, solvendo debitor liberaretur. *Inst. quib. mod. toll. obl.* in princ. Hoc autem desiisse debitorem alteri stipulandi reo pecuniam debere, nihil aliud est, quam debitorem ab eo stipulatore esse liberatum. Quod si id fit petitione seu litis contestatione, quia ita agenti expedit; planum est hac litis contestatione hactenus novari et tolli priorem obligationem. In usuris rei judicatæ etiam propter has novatur, novatio prioris obligationis inducitur, ut est in *d. L. ult.* in. pr. *C. de usur. rei jud.* Non alia de caussa, ut *ibidem* explicatur, quam quod hic obligationem novari actoris interest, ut ex judicati actione consequatur usuras centesimas lege post id tempus constitutas: quas non posset consequi, si etiam usuræ precedentis obligationis currerent. Sic enim fieret, ut aut istas solas consequeretur, aut si centesimas adjiceremus, consequeretur binas usuras, quod jus non patitur. Ita fit, ut ad usuras centesimas actioni judicati inducendas necesse sit cessare usuras præcedentis obligationis: quod cum fieri non possit, nisi discedatur ab ea obligatione, et sola inducatur nova judicati; ideo pro commodo actoris et hoc ipsum placuit. Et in eo est illa novatio, qua vere Justinianus actione judicati priorem contractum novari dixit. Non dixit litis contestatione. Sed nihilominus verum est fieri litis contestatione, quia judicati actio litem contestando et judicium accipiendo contrahitur, etsi sub conditione si reus judicatus erit, ut diximus in obligatione hujus generis. In pœnalibus actionibus adversus heredes transmittendis non dissimilem novationem, quæ per litis contestationem inducatur, licet agnoscere. Nam ipsa actio pœnalis, quæ ab initio ex maleficio proposita est, mortuo eo qui deliquit, nunquam potest adversus heredes dari. Vetant constitutiones, quibus efficitur heredes pœna non teneri, heredes in pœnam non succedere. *L. constitutionibus*, *D. de obl. et act. L. pen. D. de oper. no. nunt.* Et tamen placet si vivus qui deliquit, conventus fuerit, et lis cum eo contestata, pœna persecutionem transmitti adversus heredes; et quod idem est, lites contestatas in heredes transire. *d. L. constitutionibus L. sciendum*, *de obl. et act.* pro quo etiam alibi dictum est, litis contestationem seu post litem inchoatam pœnales actiones omnes transmitti. *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut. L. omnes D. de oblig. et act.* Quo jure, aut quam hic obligationem vel actionem transmitti putamus? Ne dixerimus veterem, hæc enim cum pœnam persequatur, non potest competere in heredem, qui in pœnam non succedit. Nova est obligatio quæ hic transmittitur: illa videlicet judicati, quæ litis contestatione contracta est: quæ ideo transmittitur, quia pœnam non continet, sed rei persecutionem. Est enim ex contractu. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* cujus generis actiones omnes rei persecutionem habent, quam ob caussam et in heredes dantur, §. *rei persequendæ*, *Institut. de action. L. ex contractibus. D. de obligat. et action.* Hæc ergo transmissio non aliunde, quam ex novatione quæ per litis contestationem contigit: ubi scilicet priore obligatione in judicati obligationem deducta, manet sola posterior judicati, quæ utiliter ad heredes transmittatur. Et tamen quia hæc posterior habet illam priorem in se transfusam, fit, ut cum judicati obligatio transmittitur in heredes, vi ipsa videatur et pœnalis actio transfusa transmitti. Qua ratione dicuntur etiam a veteribus ipsæ pœnales actiones litis contestatione transmitti, et perpetuari: *d. L. ultim. de fid. tut. d. L. omnes*, *de obligat. et actionib.* cum tamen re vera transmittatur solum nova obligatio judicati priore sub-

bla-

blàta: sed ita nova, ut prioris persecutionem in se acceperit, eamque exsequatur, ut proinde effectu ipso transeat actio vetus.

XXXIX. Ex his intelligi jam potest, quid commune habeant inter se novatio voluntaria, et necessaria, et quid distet una species ab altera. Genus in his commune, quo continentur hæc tria, ut in utraque novatione obligatio constituatur nova, in quam deducatur prior, et ita deducatur, ut perimatur, si modo hoc ipsum actum sit, ut novatio fieret.

XL. Sed cum ad speciem ventum est, in qua spectantur, quæ sunt cujusque speciei propria, distant hæ species plurimum, sive caussas eorum spectes, sive vim ac potestatem. In caussis hoc est discrimen. Novatio voluntaria ut constituta inter consentientes, fit per stipulationem, aut ita per litis contestationem, si judicio agatur cum alio quam debitore, qui debitoris nomine se liti obtulerit. Necessaria ut extorta ab invito, fit solum per litis contestationem, et eam quidem interpositam cum debitore, adversus quem solum invitum ut actio, ita et Judicium est. Novatio voluntaria ut consensu duorum constans, non fit nisi voluntate novandi ab utroque ex contrahentibus interposito: *L. 1. C. de novationib.* Novatio necessaria non fit quidem sine animo novandi, sed ita, ut hic spectetur tantum animus ejus qui agit: non etiam debitoris, cum quo agitur: cum etiam si maxime recuset, sit tamen judicium et litis contestatio adversus eum etiam invitum constituta. Sed et hunc animum novandi in voluntaria novatione verbis exprimi oportet *L. ultim. C. de novationib.* In necessaria non est necesse: sed prout creditori expedit litis contestatione novationem fieri, ita ille hoc ipsum velle atque id agere intelligitur, ac fit etiam ea novatio, quam dixi, ut ea exempla, quibus modo in hoc genere usi sumus; demonstrant.

XLI. Vis quoque utriusque novationis longe dissimilis. Nam voluntaria novatione interposita ita tollitur prior obligatio, ut nulla ex parte maneat creditori, neque in sorte, neque in ullis commodis, quæ fuerint ejus obligationis, ut supra in hoc genere ostendimus: quæ vera novatio est. Litis autem contestatione sic fit novatio prioris obligationis, ut fiat hactenus quatenus utile est creditori; quatenus autem utile non est, non fiat. Itaque si proponas ex duobus reis stipulandi unum egisse adversus debitorem, sic ea petitione tolletur actio vetus alteri stipulandi reo, ut eadem maneat integra ei qui agit ejusque actionis commoda omnia, puta fidejussores, pignora, usuræ: quorum scilicet nihil decedit actori per litis contestationem cum debitore interpositam. *L solutum*, in princip. *D. de pigner. actio. L. aliam, D. de novat.* Utrumque, quia ita fieri in utramque partem ei qui egit, expedit. Sic et in usuris per litis contestationem novatio fit; sed re demum judicata: quia tunc primum actoris interest ita fieri, ut deinceps consequatur usuras centesimas. Nam ante rem judicatam cum aliæ usuræ jure non indicantur, quam quæ in priorem obligationem deductæ sunt, utile est manere veterem obligationem, quo et usuræ ea obligatione debitæ currant usque ad rem judicatam: quod et receptum est. *L. lite, D. de usur. d. L. ult. C. de usur. rei jud.*

CAP.

C A P. XXI.

De acceptilatione.

I. HÆc de novatione. Est a consensu alterum liberationis genus acceptilatio. Genus superiori affine: quo et ipso obligationes aliæ: quam quæ nudo consensu contractæ sunt, dissolvuntur: consensu quidem sine alia rei debitæ præstatione: verum consensu non nudo, sed verbis ad consensum accedentibus: quæ omnia sunt illi cum novatione communia ad liberationem. Hoc maxime inter utrumque interest, quod novatio interdum fit per litis contestationem; acceptilatio nunquam nisi verbis. Novatione tolli possunt omnes obligationes quocumque modo contractæ: Acceptilatione non nisi ea quæ verbis contractæ sunt. Et cum ad liberationem ventum est, novatio ita tollit præcedentem obligationem, ut semper inducat novam: acceptilatio nihil nisi solutio est præcedentis obligationis sine ulla nova obligatione: de quibus, et si quid præterea inter ista interest, cognita hujus generis natura deinceps constabit.

II.

II. Acceptilatio est [1] verborum conceptio, quibus creditor cui verbis quid promissum est, rogatus a promissore, an quod ita debetur, acceptum habeat, faciat, ferat; respondet se acceptum habere, facere, ferre, liberandi ejus caussa. Plena hæc definitio est, quæ naturam totam acceptilationis continet. Tantum efficiendum est, ut quam vera sit, quamque vim habeat, cognoscatur. Quam ad rem partes summæ definitionis nobis observandæ sunt, et quid unaquæque jure exigat ad acceptilationem perficiendam, considerandum. Animadvertendum est igitur comprehensas esse superiore definitione caussas illas quatuor, quibus res unaquæque constare consuevit, quibus et ipsis perficitur acceptilatio: formam, efficientem caussam, materiam, finem. Forma est conceptio verborum superior. Efficiens caussa, personæ interrogantis, et acceptum ferentis. Materia, res quæ in acceptilationem deducitur. Finis, liberatio. Horum in unoquoque quid jus postulet, distincte videamus.

III. Acceptilatio est conceptio verborum: genus liberationis quod verbis sine solutione transigitur, et verbis, non consensu solo. *L. an inutilis*, 8. §. *acceptum*, *D. de accept.* Verba in hac conceptione sunt, interrogatio debitoris, et responsio creditoris acceptum ferentis, ut declarat forma acceptilationis ex professo tradita in §. *item per. Inst. quib. mod. tol. oblig.* et *L. sane*, 7. *de accept.* Itaque si proprie loqui volumus, nihil minus verum est, quam acceptilationem esse liberationem per mutuam interrogationem, ut definitur in *L.* 1. *D. eod.* Ea enim mutua interrogatio est, cum in eo quod geritur uterque alterum mutuo interrogat. Quod non fit in acceptilatione, atque adeo quo minus fiat, naturæ ejus adversatur: ubi unum esse oportet qui interroget, alterum qui respondeat. Nisi forte responsio est interrogatio. Relatorum hæc natura, ut nunquam unum possit esse alterum. Unde hæc et inter contraria numerantur. Nec mihi hic quisquam dicat cum [2] Accursio interdum novationem præcedere acceptilationem, ut fit in *L.* 13. §. *penult. D. eod.* in novatione autem creditorem interrogare, in acceptilatione autem sequente commutari, vices, et debitorem interrogare. Nam sæpe sola est acceptilatio, quam profecto mutuam interrogationem dicere non possis, ubi debitor prius interrogatus non fuerit. Tum autem ut maxime præcedat novatio, quam acceptilatio sequatur, semper tamen distinctæ hæ species sunt novatio et acceptilatio, ut neque propter acceptilationem novatio, neque propter novationem præcedentem acceptilatio mutua interrogatione constare dici possit. Si quo ergo modo superius dictum de mutua interrogatione defendi potest, sic videtur posse, ut agnoscamus abusive dictum, et mutuam interrogationem appellatam, quæ in se quidem una est, sed mutuam habere et subsequentem responsionem, tamquam partem prioris interrogationis.

IV. Hæc interrogatio et responsio in acceptilatione non est quælibet, sed ea quæ liberationi conveniat. Alioqui et stipulatio est verborum conceptio similiter interrogatione et responsione mutua constans: sed in qua ut in obligatione contrahenda, interrogatus quis an det aut faciat, daturum facturumve se id quod interrogatus est respondet. *L.* 5. §. *stipulatio*, *D. de verb. obl.* Non sic acceptilatio: quæ ad liberationem comparata interrogationem et responsionem congruentem desiderat. Est igitur ea, in qua debitor creditorem interrogat, num acceptum habeat quod debetur, creditor respondet se acceptum habere. *d.* §. *item per. Inst. quib. mod. toll. obl.* In quo hæc verba veteribus usitata sunt, ut pro eodem dicant acceptum habere, acceptum facere, acceptum ferre, ut inter multos patebit ordine ex his locis, *d.* §. *item per. L.* 6. *L. pars*, 9. *L. sane*, 7. *L. et per.* 13. §. 1. et deinceps singulis §§. *seqq. D. de accept.* Hinc ex re nomen. Quia enim hic debitum acceptum fertur, inde factum ipsum dictum acceptilatio. Poterat quidem dici accepti habitio, et accepti factio, postquam utrumque recte dicimus acceptum habere, et acceptum facere. Sed utrumque in compositione visum est paulo durium durius: lenius autem et commodius ad dicendum acceptilatio. Hinc electum quoque verbum acceptilationis; quo et in hac re nunc tantum utimur. Bene Cicero monet in *Topicis*, quo loco in explicatione generis de formis et spe-

cie-

1) Cujac. *in Par. h.* Verborum conceptio, quibus se absolvunt duo, ultro citroque. Vult. 1. *Jurispr.* 55. *n.* 2. Stipulatio qua creditor debitori debitum accepto tulit. Et stipulationem quoque vocat P. Greg. 21. *Synt.* 19. *n.* 7. Sed recte Gœd. *de Contr. stip. C.* 1. *Concl.* 13. *n.* 71. *et C.* 12. *Concl.* 13. *n.* 19. conceptionem quidem verborum hanc esse ac per interrogationem et responsionem, stipulationis instar, expediri: non ideo tamen stipulationem, cum contractus non sit, caussa commercii, ex qua producitur obligatio, carens; ac finem stipulationi plane contrarium habens, non constituendi obligationem, sed perimendi.

2) Male item qui verba illa non ad communem acceptilationem, sed eam, quam præcessit Aquiliana stipulatio, referunt Ræv. *ad L.* 35. *de R. I.* Cujac. 5. *Obs.* 36. Hotom. 3. *Obs.* 18. qui Tribonianum inde insectatur, quod cum tradere debuerit definitionem communem omni acceptilationi, ex Modestino eam sumpserit, quæ sob Aquilianæ competit.

ciebus agit, etsi in re non multum refert sæpe, quibus verbis utamur, tamen si uno commodius uti possumus, quam alio, commoditatem in dicendo non esse negligendam.

V. Diligenter autem animadvertendum est, qualem istam interrogationem et responsionem esse dicamus: nempe hanc, qua interrogetur creditor, an acceptum habeat, ipse respondeat se acceptum habere, verbis videlicet in præsens et præteritum conceptis. Id ita proprium acceptilationis, ut si quid horum in futurum concipias, non sit acceptilatio. Inde dictum acceptilationem neque in diem, neque sub conditione fieri posse, et si facta sit, nullius esse momenti. *L.* 4. *L.* 5. *D. de accept.* In diem; ut si ita concipiam, quod tibi promisi, acceptum habebis Calendis? Sub conditione; veluti, acceptum habebis, si navis ex Asia venerit? Hæ ergo ita inutiles sunt acceptilationes, ut nec cum Calendæ venerint, nec cum exstiterit conditio, eo magis contingat liberatio: quia ne ab initio quidem acceptilationes fuerunt, repugnante forma acceptilationis. In quam sententiam et illud dictum est regula juris, actus legitimos qui non recipiunt diem vel conditionem, qualis est acceptilatio, in totum vitiari per temporis vel conditionis adjectionem. *L. actus*, *D. de reg. jur.* Sed cum stipulatio, quæ itidem est verborum conceptio interrogatione et responsione consistens, recte concipiatur in diem, et sub conditione, §. *omnis*, *Inst. de verb. oblig.* cur non item recte et acceptilatio, quæ eadem ista conceptione perficitur? Natura utriusque generis id facit, quæ ut contraria est, ita jus contrarium sibi conveniens postulat. Stipulatio concipitur obligationis contrahendæ caussa: acceptilatio dissolvendæ: Obligationis substantia in eo est, ut quid præstetur in futurum, cujus præstationem ideo differri oportet. *L.* 3. *D. de obl. et act.* Quare convenit huic naturæ, ut recte adjiciatur stipulationi, quidquid ad differendam obligationem valet, sive is dies est, sive conditio. Solutio autem obligationis et liberatio nulla, nisi in præsens: cum si differatur vel momento, vere dici possit nondum esse liberationem. Idque intelligi potest exemplo solutionis; quæ ejusmodi est, ut nisi quid jam nunc præstetur, re vera, et ita præstetur, ut statim fiat accipientis, idque perfecte, non sit solutio, eoque nec liberationem adferat. *L. cum quis*, 38. §. *qui hominem L. qui sic*, 55. *D. de solution.* Jam vero solutionis exemplo acceptilatio solet liberare, inquit Ulpianus in [3] *L.* 5. *D. de accept.* Unde intelligimus eum hoc argumento recte colligere, ne in diem quidem acceptilationem fieri posse. Sed et hoc multo justius licet dicere in acceptilatione. Nam in solutione si quid præstetur creditori ea lege, ut ejus fiat Calendis, aut sub conditione, et si solutio non est, nec liberat debitorem; tamen nihil fit, quo obligetur creditor contra finem et propositum solutionis. At hoc contra futurum est in acceptilatione, si eam in diem aut sub conditione admittimus. Nam cum ita interrogo creditorem, quod tibi promisi, acceptum habebis Calendis? si hoc valere volumus, stipulatio contrahetur, qua id agitur, ut ille mihi obligetur ad promissum accepto ferendum. Hoc vero tantum abest, ut conveniat acceptilationi, quæ est liberatio, ut maxime sit contrarium. Ita fit, ut neque hic nascatur liberatio, quia verba repugnant; neque obligatio, quia conceptio non obligandi: caussa interposita est, sed liberandi: neque præterquam quod inter aliquos actum est, obligatio inter eos, aut liberatio, vel ulla acquisitio nasci potest. *L. non omnis*, *D. si cer. pet. L.* 1. §. *eum quib. D. de pec. costitut. L. eum qui ita* 56. §. *qui sibi*, *D. de verb. obligat.*

VI. Quod tamen dicitur, in diem aut sub conditione acceptilationem fieri non posse, sic accipiendum est, si exprimatur dies, aut conditio, ut in suprascriptis exemplis fieri ostendimus. Quod si non exprimentur ista verbis, valebit acceptilatio, etsi interdum accidet, ut eadem hæc tacite intelligantur. Id autem accidit, cum quod in diem vel sub conditione debetur, accepto fertur. Nam et hic placet debitum acceptilatione tolli: sic tamen, ut ita id factum appareat, [4] si conditio stipulationis exstiterit, aut dies venerit. *L. quod in diem*, 12. *D. de accept.* Et sane utcunque acceptilationem valere volumus, necesse est ista exspectari: cum debitum conditionale tolli non possit, nisi prius fuerit debitum, nec possit esse, nisi conditio ejus ex-

3) Briss. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de Acceptil. p.* 376. Sententia, ait, *d. L.* 5. hæc: Quia statim liberat, instar solutionis, non potest ferre moram temporis vel conditionis. Natura non patitur, ut liberatio, ipso actu ex præsenti contingens, in diem suspendatur. Ineptus is, qui hodie dicat se aliquem liberare Calendis proximis. Actus enim ipse voluntati ejus repugnat.

4) Briss. *d. lo. p.* 378. Hotom. *Ill. Q.* 34. Nec tamen hic quoque liberatio fit pendente conditione, cum privatio præsupponat habitum, sed eveniente ea retrotrahitur, et quodam novo jure firmatur liberatio *L.* 16. *de solut.* Sane sic statim continget liberatio, si conditionale debitum prius per novationem in puram obligationem transfundatur *L.* 21. *h. t.* P. Greg. 21. *Synt.* 19. *n.* 5.

exstiterit: quod autem in diem debetur, si deducatur in acceptilationem, videatur deduci eadem repetita die. At qui convenit hanc acceptilationem admitti, quam fatemur in diem aut sub conditione esse, quomodo acceptilationem fieri posse ante negavimus? Nempe ideo, quod acceptilatio verbis pura est, dum creditor in præsens se quod debetur, acceptum habere respondet: dies autem vel conditio, si qua hic inest, intelligitur tantum, non exprimitur. Sic est regula juris, quæ huc pertinet, quæ contractibus, aut voluntatibus adjici prohibentur, qualis in hac specie dies vel conditio, ea expressa nocere; non expressa non nocere, tametsi intelliguntur. *L. nonnunquam, D. de cond. et dem. L. si quis Sempronium, D. de her. inst. L. expressa. D. de reg. jur.*

VII. Personæ per quas conficitur acceptilatio, sunt is qui rogat, num acceptum fiat, quod debetur, et is qui rogatus acceptum facit. Quæritur, quosnam hos esse velimus, ut utiliter interponatur acceptilatio, id est ita, ut debitor a creditore acceptilatione liberetur. Et non idem hic servatur in his personis, quod in solutione, et novatione, etsi acceptilatio solutio imaginaria esse dicitur. Non solus creditor solutum accipiendo debitorem liberat, sed etsi quis alius jure aut voluntate creditoris in eo utitur: nec solus debitor recte solvit, ut liberetur, sed ut alius quivis pro debitore solvendo eum ignorantem et invitum liberat. Nihil horum fere in acceptilatione. Solus creditor debitori acceptum ferre potest: alius nemo nomine creditoris, utcumque debitorem solutione liberare possit, aut novatione. Dixi suo loco extra creditorem duo genera esse eorum, quibus recte solvatur, et utiliter ad liberationem; eos qui jure in rerum alienarum administratione pro dominis habentur, ut tutores, et curatores. *L. quod si forte*, 14. §. 1. *D. de sol.* et eos quibus voluntate creditoris solvitur, ut procurator, et si qui sunt, quibus solvitur domini permissu. *L. vero.* 12. *L. antep. D. de solutionib.*

VIII. Sed tutor, curator, procurator novando debitorem liberare possunt. *L. novare, D. de novat.* At nemo horum nomine creditoris potest acceptum facere. Denegatur hoc tutori et curatori in *L. et per.* 13. §. *pen. D. de accept.* Neque hæc parum consentanee constitui quis existimet, quasi sit utrumque simile liberationis genus, et tutores ac curatores utrobique pariter pro dominis habeantur. Multum enim inter solutionem, et acceptilationem ad utilitatem minorum interest. Tutor cum ei solvitur, pro liberatione pecuniam accipit, quam convertat in rem atque utilitatem pupilli: atque hoc est rem bene gerere, et administrare, cum ita obligationem tractes, ut fructum ad quem obligatio parata est, consequaris. Qui autem acceptum facit, is nihil accipit: eoque neque qui id facit, si debitorem liberet, rem administrat, sed perdit, ut de eo qui donat responsum est *L. filiusfamilias, D. de procu.* Sic est conditio tutorum et curatorum, ut pro dominis habeantur, dum tutelam aut curam administrant, non [5] cum minores spoliant. *L. qui fundum, §. si tutor, D. pro empt. L. tutor qui tutelam, D. de adm. tut.* Quid est igitur, quod in *L.* 5. *D. de accept.* dicitur acceptilatio solere solutionis exemplo liberare, si hoc non est, eos quibus ad liberationem solvi potest, posse et acceptum ferendo tanquam justa solutione debitorem liberare? Id vero eam significationem non habet. Acceptilatio enim solutionis exemplo liberat: sed ea quæ vere acceptilatio est: prius enim acceptilationem esse oportet, quam ut dicatur aliquem liberare. Ea autem vere acceptilatio est, quæ jure perficitur. Vitiosa et imperfecta jure acceptilatio, acceptilatio non est: certe jure pro tali non habetur. *L. quoties, D. qui sat. cog. L. non dubium, C. de legib.* Nos autem ut apparet, de imperfecta loquimur, nimirum ea quæ tutori jure non conceditur. Atenim non ob aliam caussam dicitur a nobis injusta hæc, et imperfecta tutoris acceptilatio, quam quod remittit obligationem debitori, et pro eo tutor nihil accipit: quod perdere est, non administrare. Cur ergo tutori permittitur pupilli obligationem novare, cum nec pecuniam pro hac liberatione accipiat? Quia pecuniam, quidem et rem debitam non accepit: at accipit novam obligationem, quæ novatione inducitur: atque in hanc transferri priorem sæpe creditori pupillo expedit. Nec vero aliter conceditur tutori novatio, quam si pupillo expediat. *L. novare D. de novat.*

IX. Sed quod hic tutor aut curator recta facere non possunt, remedio adhibito placuit eos obliqua via posse facere. Id autem remedium

5) Ratio hæc non perpetuo hic conveniens. Alias nec interventu novationis tutor liberare posset. Nam imo quia quandoque potest interesse pupilli, forte absentis, ut accepto feratur, vid. *infr. N.* 15. hoc remedium inventum est, ut prius novet, deinde accepto ferat tutor. Vera igitur ratio quia acceptilatio actus legitimus, Briss. *Lib.* 2. *de Sol. fere initio.* Sane si minor acceptilatione læsus in integrum restituitur, Jo. Mauric. *de Rest. in int. C.* 183. *et C.* 303.

dium est, ut hi novent minorum obligationem, id est quod minoribus debetur, stipulentur sibi dari novandi animo, sic deinde sibi ex hac caussa debitum accepto ferant. Sic enim fieri placet, ut debitor priore obligatione liberetur per novationem, posteriore per acceptilationem: hoc in *d. L. ut per.* 13. §. *penul. de acceptilat.* De novationis liberatione non dubitatur: postquam hæc justa ratione tutoribus et curatoribus concessa est: de acceptilationis liberatione potest dubitari. Cur enim potius obligationem tollere possint acceptilatione post novationem, quam ante? Sed et hoc optima ratione defenditur. Nam ante novationem pupilli obligatio et actio est: post novationem fit obligatio et actio tutoris, qui sibi stipulando utramque in se transtulit. Ut alienam petitionem nemo extraneus tollere, aut mutare paciscendo potest: *L. debitorem*, *L. servus*, *L. filius*, *C. de pact.* sic nec tutor petitionem pupilli, si in eo tutoris officium, idest administrationis fines excedat. At suam remittere ac tollere justis modis quivis potest: et generaliter paciscendo deteriorem juris sui persecutionem facere. *L. jurisgentium*, §. *si paciscar*, *L. pactum*, *D. de pact.*

X. Quod denegatur hic tutori, idem denegatur etiam creditoris procuratori. Tantum ei idem illud conceditur, ut possit novare domini obligationem, sic deinde hanc acceptilatione tollere: hoc in *d. L. et per.* 13. §. *penult. de accept.* Et hoc minus mirum, si dicatur de procuratore omnium bonorum. Dici enim potest administratione generaliter mandata, non contineri hac concessione, quod dominus specialiter non esset concessurus. *L. qui peculii*, *D. de pecul.* hujusmodi autem esse, ut procurator nulla re accepta remittat creditoris actionem; quod fit acceptilatione. At quid si hoc cuiquam specialiter mandatum sit a creditore, ut pecuniam acceptam faceret debitori? Et de omni procuratore dictum accipiendum est, quod dicitur in *d. L. et per.* §. *pen.* nec procuratorem quidem posse facere acceptum, ut contineatur etiam cui specialiter hoc concessum sit a creditore. Nam nec servum placet etiam jussu domini acceptum facere posse, quod domino debetur. *L. pen. D. de accept.* Est tamen is rotus in domini potestate, et quidem ita, ut ejus vox credatur domini vox esse. §. *ei vero*, §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip.* Multo igitur minus poterit creditoris mandato extraneus, cujus non item eadem persona cum domino esse existimatur. Sed hic hæsitatur. Nam cur voluntate aperta creditoris id extraneo facere non liceat; cum quod fit voluntate creditoris, ab ipso creditore fieri videatur? *L. si ita*, 59. *D. de solut.* Id caussæ est, quod prius est, ut quid recte fieri possit ab extraneo, quam ut dicatur fieri nomine alterius. Quod solvitur nomine creditoris, id potest quivis extraneus natura accipere. Ideo potest accipere et creditoris nomine, ut perinde sit, quasi datum solutum esset creditori. *d. L. si ita*, 59. *de solut.* *L. restituere*, *D. ad Treb.* At nemo extraneus potest quod sibi non debetur, acceptum facere. Natura, et jus repugnant. Natura; quia non potest facere, ut sit acceptum, quod non accepit. Jus; quia si velit saltem pro accepto id haberi, id facit, quod solus dominus potest facere: cujus solius est de re sua statuere ut velit; vel ut quod habet, habere nolit; vel ut quod non habet, nec accepit, possit pro dato et accepto habere sola voluntate solutionis oblatæ contentus. *arg. L. in re*, *C. mand.* At procurator quantumcunque voluntate domini utatur ad aliquid gerendum, tamen dominus non est. Denique in eo, quod procurator dicit se acceptum habere; si id affirmat, confessione falsa utitur, quam jus et natura non recipit, cum nulli pecunia soluta sit: cujus generis confessiones ratæ non habentur. *L. confessionibus*, *L. si is cujus*, seq. §. *ultim. D. de inter. in jur. fac.* Si non affirmat, sed dicit se quod acceptum non est, facere, ut sit acceptum, potestate domini utitur, quam nulli jus concedit nisi domino. Quod si nemo qui dominus non est, potest per se acceptum habere, quod sibi non debetur: fit omnino, quod hic volumus, ut nec possit habere hoc aut illo modo, id est vel suo vel alieno nomine.

XI. Sed obstat *L.* 3. *D. de accept.* ubi ita scriptum est, per procuratorem nec liberari, nec liberare quemquam acceptilatione sine mandato posse. Ergo mandato saltem interveniente creditor debitorem per procuratorem acceptilatione liberare potest. Et hoc ita est: sed dum fiat eo modo, quem ante dixi, quique declaratur in *d. L. et per.* 13. §. *pen. eod.* ut scilicet procurator non acceptum ferat, quod creditori debetur, sed ut prius novet, tum deinde sibi promissum accepto ferat, quod creditori debetur. Quæ si ita sunt, apparet vere in universum definiri, neminem alium quam creditorem acceptum debitori facere posse, quod creditori debetur: non dico si sit extraneus, sed nec si sit tutor, atque adeo procurator, et is quidem, cui id specialiter permissum sit. Creditor autem

tem ipse debitorem acceptilatione liberare potest: et tamen ne hic quidem omnis, sed idem qui et solutum accipiendo debitorem liberare potuit, id est cui bonorum suorum administratio non sit adempta. Quibus autem adempta est, ut sunt prodigi, pupilli adolescentes, si is non recte solvitur, ut debitor liberetur, quanvis pecuniam accipiant: multo minus debitori acceptum facere possunt, ubi nihil accipiunt: et aperte faciunt conditionem suam deteriorem.

XII. Quod in creditoribus placet, idem placet et in debitoribus: ut quemadmodum nemo debitorem acceptilatione liberare potest nisi creditor; ita nec possit quisquam liberari, nisi debitor ipse per se: alius autem acceptum debitori rogando liberationem ei acquirere non possit, exceptis solum iis, qui sunt in debitoris potestate. Itaque non extraneo solum acceptum ferri non potest, quod alius debeat, sed nec tutori nomine pupilli, nec procuratori nomine domini. Tantum hoc omnibus istis conceditur, ut novandi animo promittere possint creditori, quod alius debet, tum deinde novatione facta possint ut in re sua acceptilatione liberari. Hoc idem in *d. L. et per.* 13. §. *penult.* In quam sententiam accipiendum et illud est, quod [6] significatur in *d. L.* 3. *D. eod.* per procuratorem liberari debitorem posse mandato interveniente. Potest enim isto modo, si novatio præcesserit: at non ita, ut procuratori recta acceptum ferri possit, quod dominus debeat. Et hoc est, nec tutor, nec procurator acceptum rogando pupillum aut dominum acceptilatione liberari possunt: nedum extraneus quivis debitorem sine mandato.

XIII. At videamus, ne hæc sententia et juris et æquitatis rationibus maxime adversetur. Jus certum est, unumquemque pro debitore solvendo posse eum et ignorantem et invitum liberare. *L. solutione, L. solvere, D. de solutionib.* Nec minus constat id unumquemque efficere posse novatione, dum invito debitore idem promittit creditori animo novandi. *L, si debitor,* 91. *D. de solutionib. L. si Stichum* in fin. *D. de novationib.* Cur non igitur possit quisque etiam acceptilatione, id est simili genere liberationis debitorem invitum liberare: idque eo magis, quod dicatur acceptilatio solutio quædam esse, certe liberare solere exemplo solutionis? §. *item per. Institut. quib. mod. tolla. obligat. L.* 5 *D. de accept.* Quod si consulimus rationem æquitatis et naturæ, ea multo magis adversarii reperietur. Hæc autem est, quæ eadem et constituta est jure civili: et superiores liberationes admisit, deteriorem conditionem alterius facere neminem posse; meliorem autem licere unicuique facere etiam ignorantis et inviti. *L. solvendo. D. de neg. gest. d. L. solvere, D. de solutionib.* Et de dissimilitudine istarum liberationum primum, deinde de ratione superiore breviter respondebo. Sic res habet, ut si solutionem et novationem, et acceptilationem pro alio admittamus, non minus hic acquiratur liberatio debitori ex solutione, et novatione, quam ex acceptilatione. Sed ex superioribus caussis per extraneam personam liberatio debitori acquiri potest: ex acceptilatione non potest. Sic enim est regula juris, per extraneam personam quæ juri nostro subjecta non est, nobis acquiri nihil posse, nisi sit quod naturaliter acquiratur, ut possessio. *L.* 1. *C. per quas perso.* §. *ex his, Institut. eod. tit.* Ex quo est illa distinctio. *L. eaque D. de acq. rerum dom.* Ea quæ civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, nobis acquiri, veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicut est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquiri. Jam vero quæ liberatio acceptilatione acquiritur, ea civiliter acquiritur, ut obligatio stipulatione: utraque enim et acceptilatio et stipulatio certa et solemni conceptione verborum jure civili inducta constat. Eo fit, ut secundum regulam et distinctionem supra scriptam liberatio acceptilationis per liberam personam debitoris juri non subjectam debitori acquiri non possit. Diversa caussa est ejus liberationis, quæ solutione acquiritur. Ipsa enim solutio naturalis præstatio est, quæ in creditorem confertur. Proinde et hinc liberatio si debitori placet, recte et ex distinctione superiore debitori acquiretur: si displicet, nihilominus acqui-

6) Convenit solutio Cujacii *in Lib.* 28. *QQ. Papin. ad L.* 77. *de R. I.* Quæ tamen displicet Hotom. *in Append. Ill. Q.* 34. Qui *d. Q.* 34. censet verba, sine mandato in *d. L.* 3. aut ex glossemate cujusdam irrepsisse, aut pro iis reponend. *sine novatione.* Quorum prius ante eum visum, Briss. *Lib.* 2. *de Sol. Tit. de Acceptil. p.* 362. quem laudat et sequitur P. Fab. 2. *Semestr.* 22. Sed recte, opinor, noster et Cujacius. Nec quis obiiciat cui bono mandatum, cum et absens, extraneus, invitus, sine mandato, per quemvis liberari possit. Nam de solutione equidem hæc vera, at non de hac liberatione, quæ actus legitimus est et solemnis *L.* 77. *de R. I. L. ult. C. Quæ infr. cred.* de quo præter alios P. Fab. *ad d. L.* 77. *p.* 349. *et* 2. *Semestr.* 22. ideoque per alium expediri non potest. Procurator sine mandato speciali ne quidem novatione prævia acceptilatione liberare potest, cum novandi jus non habeat *L.* 4. *C. de novat.* De procuratore autem omnium bonorum, qui novare potest *L.* 20. *D. eod.* non necesse est legem exaudire: Quod si de eo quoque exaudienda, quin impedit verba *sine mandato* accipere tam de generali vel speciali. Sine mandato vel generali vel speciali nullo modo potest acceptum vel habere, vel rogare. Procurator cui scilicet aliud exigere vel solvere solutumve accipere mandatum est, arg. *d. L.* 4. cum mandato vel generali vel speciali potest, quod a contrario sensu infertur, sed prævia novatione *d. L.* 13. §. 10, *h. t.* ne juris regulæ violentur. Et quidem rogare indistincte, accepto ferre si specialiter jussus, vel si procurator omnium bonorum, non donandi caussa, remittat vid. *infra N.* 15.

quiretur invito, quia creditore obligationem omittente, necesse sit per consequentias debitorem liberari, ut docui ad *L. servus*, 62. *D. de verb. obligat.* Nec minus licet idem dicere de novatione. In qua quod nova obligatio præstatur creditori, qua ille contentus est pro priore debito, solvi ei videtur. Nam et in cæteris rebus aliud pro alio volenti recte solvitur, ut pro justa solutione id cedat. *L. manifesti, C. de solution.* Hujusmodi præstatio in acceptilatione re vera nulla intercedit: ut certum sit nihil in ea naturaliter geri ad liberationem, et ob id recte dicatur nihil eo modo per alium debitori acquiri posse. Neque vero huic distinctioni adversatur superior ratio naturæ, quæ suadet unumquemque posse alterius conditionem meliorem facere etiam ignorantis et inviti. Hoc enim ita dicitur, dum ne eodem facto quid adimatur alteri. Nam quæ hic regula alterius conditionem meliorem facere concedit, eadem deteriorem facere vetat. *d. L. solvendo, D. de negot. gest.* Atqui ita est liberatio acceptilationis, ut si hanc debitori per alium acquiri volumus, necesse sit una creditori adimi suam actionem. Quod posterius cum natura non permittat, fit, ut nec permittatur alterum, quod cum priore incommodo conjunctum est. Nec aliunde natum est, quod placuit alteri stipulari et acquirere obligationem neminem posse. Nam hic dum acquirere volumus alteri obligationem, alium obligatione oneramus, id quod in re aliena jus non concedit: ut ostendi ad *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *D. de verbor. obligationib.*

XIV. Sane ut cæteræ res etiam quæ civiliter acquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, nobis acquiri possunt, ita potest et liberatio per eos acceptum rogantes debitori domino acquiri: ut scilicet his rogantibus, si creditor respondeat se acceptum ferre, quod dominus debuit, dominus liberetur non minus, quam si ipsi roganti creditor accepto tulisset. Nec intererit, servus sit proprius debitoris, an communis cum aliis. Servus communis, sicut uni ex dominis stipulari potest, atque hoc modo ei stipulationem civiliter acquirere, ita etiam acceptum rogare uni ex dominis potest, ut eum in solidum liberet. *L. an inutilis*, 8. §. 1. *de acceptila.* Item igitur probandum est et in cæteris personis, per quas nobis acquiri potest, puta servis in quibus usumfructum vel usum habemus, servis et liberis hominibus a nobis bona fide possessis. Ut si fructuarius servus acceptum roget fructuario, bona fide possessus acceptum roget possessori suo, ambo et fructuarius, et possessor liberentur. Nam et per hos acquiritur fructuario et possessori, si quid ex re eorum quæritur, §. *de iis*, §. *idem placet*, *Institut. per quas person. nob. acquir.* Hic autem et species acquirendi est liberare debitorem obligatione, et qui debitorem ita in re ejus liberat, ex re ejus illi acquirit. Hoc in *L. species.* 11. *de accept.* Ergo et filiusfamilias acceptum rogando quod pater debuit, patrem acceptilatione liberabit: postquam et hæc liberatio ex re patris est, et quidquid filiusfamilias ex re patris acquirit, id patri acquiritur, etiam novis constitutionibus §. 1. *Inst. per quas person. nob. acqu.* Nec minus si servus hereditarius ante aditam hereditatem acceptum roget, quod defunctus promisit, contingit liberatio, ut per hoc hereditas ipsa liberetur, quæ domini defuncti personam sustinet. *L. servus*, §. *ult. de accept.*

XV. Res quæ in acceptilationem deduci potest, est in summa id quod debetur, et debetur ante contractum verbis. Primum debitum esse oportet, quod ab utraque parte in acceptilationem deducitur. Id eo pertinet, ut sive interrogatio et responsio sint de alio accepto ferendo, quam quod debetur; sive una harum tantum, velut rogante debitore de debito creditor aliud acceptum ferat, vel contra: acceptilatio sit inutilis. *L. et per*, 13. §. *illud*, §. *eum qui*, *L.* 6. in fin. *D. de accept.* Et hoc est quod definitur in 7) *L. nisi*, 14. *D. eod.* nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, et nisi verum sit, quod acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem. Est enim hic sensus, nisi acceptum rogetur et feratur id quod in obligatione est, id est, quod debetur, nec solum quod dicitur deberi, sed quod vere debetur, nullam esse acceptilationem; nec inde liberationem nasci. Sed dum debitum in acceptilationem deducatur, nihil interest ad justam acceptilationem, utrum totum deducatur, an pars tantum. Nam et pars accepto ferri potest, ut sicut partis solutione, ita et acceptilatione pro parte liberatio contingat: *d. L. et per*, §. *illud*, *L. pars*, 9. *D. eod.* §. *item per*, *Instit. quib. mod. lol. obligat.* Neque id tantum, si pecunia numerata debita fuerit, sed etsi aliud quodvis corpus. *L. sed etsi*, 10. *D. de acc.* Nam

7) Atqui mortuus homo accepto ferri potest *L.* 91. §. *ult. de V. O.* Quia videlicet adhuc debetur, ob moram perpetuata obligatione. Tametsi is rei exitus futurus, ut æstimatio præstanda sit, Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 366.

Nam et corpora quævis alia non minus partis præstationem recipiunt. *L.* 2. §. 1. *D. de verb. obligat.* *L.* 9. §. 1. *D. de solutionib.* Partem accipe earum rerum, quæ dividi possunt. Quod si quod debebatur, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti: ut si servitus fuit prædii rustici vel urbani. *L. et per*, 13. §. 1. *D. de acc.* Non sane quod non semper in partem fieri possit acceptilatio, si modo pars sit quæ accepto feratur; sed quod in hujusmodi rebus pars nulla est. Sed horum saltem alterutrum esse oportet, quod deducatur in acceptilationem, totum dico ejus quod debetur, aut partem.

XVI. Si neutrum erit, sed aliud, nulla ut dixi acceptilatio est *d. L. et per*, §. *illud.* Aliud in acceptilationem deductum intelligitur, non tunc, cum quod debetur, deducitur, et aliud aliquid præterea; sed tunc, cum in totum deducitur aliud, nihil autem ex eo quod debetur. Ut, si fundo promisso creditor debitore interrogante [8] usumfructum acceptum ferat. Nec ususfructus quidem remissus erit; quia fundus debitus fuit, deductus autem in acceptilationem ususfructus, qui neque est fundus, neque pars fundi *d. L. et per*, 13. §. *illud*, *de accept.* Quod si deducitur in acceptilationem id quod debebatur, erit utilis acceptilatio, etiam si præter id aliquid adjiciatur aliud. Ut, placet hanc acceptilationem esse utilem; quod Stichum tibi promisi, Stichum et Pamphilum acceptos habes? aut, quod tibi decem promisi, [9] viginti habesne accepta? *L. si is qui*, 15. *D. eod.* Merito. Nam et illic Stichus debitus acceptolatus est; et hic accepta lata decem debita; quoniam in viginti decem insunt. Quod utrobique adjicitur amplius, supervacuum et inutile est: quo non vitiatur, quod acceptolatum est utiliter. *L.* 1. §. *penultim. D. de verbor. oblig.* *L. placuit. D. de usur.*

XVII. Si quæretur, utrum in acceptilationem deductum sit plane aliud, necne, de eo non ex verbis acceptilationis, sed ex re æstimandum est. Nam interdum verbis acceptilationis aliud accepto fertur, quam promissum erat: et tamen acceptilatio valet, quia re vera id deductum est, quod debebatur. Ut in hac specie; Qui hominem generaliter stipulatus erat, is roganti debitori Stichum acceptum tulit. Aperte hic acceptum fertur aliud, quam promissum erat, si verba tantum spectamus. Nam homo promissus erat generaliter: hic fertur accepta certa species, nempe Stichus. Placet tamen acceptilatione [10] liberari debitorem. *L. et per*, 13. §. *si is qui hominem*, *de acc.* Hoc ideo, quia debitor generaliter hominem promittens re ipsa non debet nisi unum aliquem ex omnibus, et eum quem volet, puta Stichum: ejus enim electio est, §. *præterea si quis*, *Institut. de action.* Quare et hunc debitor acceptum rogando non aliud dicendus est rogasse, quam quod debebatur. Sit hujus rei hoc exemplum. Qui hominem aut decem disjunctim stipulatus erat, quinque debitori accepta fecit. Scriptum est in *L. qui hominem*, *de accept.* partem stipulationis peremptam; et debitorem petere quinque aut partem hominis posse. Atqui hic aliud accepto fertur verbis, quam debebatur. Debebantur enim duo disjunctim, puta illud aut illud, id est neutrum simpliciter. Sed re vera debebatur unum ex his, utrum debitor vellet, §. *huic autem*, *Institut. de action.* Proinde et pars alterutrius; quæ sine incommodo creditoris accepto ferri posset. Quod in proposito accidit. Non enim verendum est, ne debitor hac acceptilatione in quinque liberatus, postea solvendo partem unius hominis videatur injuriam facere creditori, et diversarum rerum partes solvere; cum prius nullius rei partem [11] solverit. Diversum est, si is qui hominem aut decem eodem modo promiserat, solverit tantum quinque. Hic placet debitorem nondum in ulla parte liberari. *L.* 2. §. 1. *D. de verb. obligat.* *L. si non sortem*, §. *si decem*, *D. de cond. ind.* Et merito quia si liberetur, pars dumtaxat supererit in obli-

8) Scilicet merus qui vulgo formalis, quia comparatur prædiali servituti. Secus est in misto, vulgo causali, qui pars rei, Hotom. 3. *Obs.* 22.

9) Male igitur A. Fab. *ad L.* 27. §. 5. *de pact.* acceptilationem in 20. factam 10. debenti non valere, quia, ceu actus legitimus, individua, nec pro parte sola valere possit, licet diversa ratio sit pacti *d. L.* 27. 5. Dari tamen scribit ex ea exceptionem doli, ideoque in *L.* 14. *h. t.* imperfectam dici liberationem, non nullam. Male et contra *d. L.* 15. Et omnino inconveniens hoc exemplum ad regulam *d. L.* 14. sed aliâ, quæ in *L.* 15. §. 2. *et* 5. *et* 6. ut hic noster.

10) Atqui pactum de non petendo Sticho non liberat, cum adhuc alius homo peti possit *L.* 27. §. 7. *de pact.* Resp Cujac. *ibid.* accipit *d.* §. 7. quando electio creditoris fuit (at in §. *præced.* electio debitoris) per verba *ne Stichum petam.* Alias nisi haberet electionem, etiam pacto non interposito, Stichum petere non posset, sed generaliter hominem. Et Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 369. *et seq.* *et Lib.* 3. *p.* 448. quia ubi homine promisso electio debitoris, nulla alia, sive pacti de non petendo Sticho sive acceptilationis Stichi, utilitas accipi potest, quam si liberatio sequatur. Et cum Stichus invito solvi potuerit, quid ni remisso Sticho liberatio nascetur. At ubi creditoris electio, ex pacto hoc commodi est, quod ad Stichum solvendum non, ut antea poterat, urgeri promissor possit. Sed hæc displicent A. Fabro. *d.* §. 7. putanti aliud jus esse pacti de non petendo, quia non perinde ibi imaginaria solutio, et Pac. 2. *Q.* 2. Verum distinctionem Cujac. et Briss. admitto in pacto, sed ad acceptilationem non protrahendam puto, quia etsi creditoris fuerit electio: tamen uti vera Stichi acceptio liberaret etiam tum haud dubie debitorem, ita et ejusdem acceptilatio *L.* 5. *L.* 16. *h. t.*

11) Recte, uti et Gœd. *de Contr. stip.* *C.* 12. *n.* 24. melius quam Charond. *ad d. L.* 2. §. 1. hominem certum in *d. L.* 17. accipiens.

obligatione, ut etiam si videatur illi non alia quinque adjicere, sed partem Stichi solvere, liberetur in totum. Quod si fit, solventur duarum diversarum rerum partes: quæ sane rem unam integram ex iis quæ promissæ sunt, non efficiunt. Nunc autem unam ex duabus creditor stipulatus est, *L. in exsecutione*, §. *pro parte*, *D. de verb. obligat.* scripsi in hanc sententiam plura ad *d. L.* 2. §. 1. *de verb. obl.* E converso accidere potest, ut verbis deducatur in acceptilationem quod debebatur, et tamen nulla sit acceptilatio, qua re vera non sit deductum, quod debebatur. Id accidit in hac specie, si is qui Stichum aut decem stipulatus erat sub conditione, Stichum aut decem accepta fecerit, et pendente conditione Stichus decesserit. Hic placet quandocumque conditio exstiterit postea, debitorem non liberari, sed decem in obligatione manere, perinde ac si stipulatio interposita non fuisset. *d. L. et per.* 13. §. *si Stichum de acc.* Atenim deductum est in hanc acceptilationem, quod ante debebatur. Verbis ita est. Eventus autem docuit postea re vera non ita esse. Sticho enim pendente conditione mortuo cæpit ex eventu intelligi, in [12] obligatione esse tantum decem simpliciter. *L. Stichum*, in princip. *D. de sol.* Hæc autem in acceptilationem deducta non sunt; sed Stichus aut decem, id est neutrum simpliciter.

XVIII. Non tamen quodvis debitum accepto ferri potest; sed solum quod contractum est verbis. Nam et ipsa acceptilatio verbis fit: nec potest verbis tolli, quod non item verbis contractum est. Hoc in *L. an inutilis*, §. *acceptum*, *L. si accepto*, 19. *D. de acc.* ductum ex regula juris, quibus quidque modis contractum est, iisdem et dissolvi rebus in contrarium actis. *L. nihil tam*, *D. de reg. jur.* Ex quo est, quod de pluribus participibus ejusdem obligationis interdum legimus unum acceptum rogando liberari posse, alterum non posse: scilicet quia unus obligetur verbis, alter non item. Quod accidit in contractibus filiorum familias et servorum. Filiusfamilias promittendo facit, ut duo sint ex ea caussa debitores; filius in solidum, pater de peculio. *L. si quis cum*, *D. de pec.* Eademque obligatio est ex contractibus servi adversus ipsum et dominum. §. *actiones autem*, *Institut. de act.* Filium tamen familias placet accepto rogare posse, ut se liberet: patrem accepto rogando nihil agere. *d. L. an inutilis*, §. *ult. de accept.* Non utique quia pater non sit etiam obligatus, ut simpliciter Ulpianus scribit in *d. L. an inutilis*, §. *ult.* ipse enim refragatur in *d. L. si quis cum*, *de pec.* sed quia non est obligatus similiter ut filius. Is enim obligatur verbis jure civili: pater jure prætorio sine verbis, atque adeo sine consensu suo ex filii persona. Solam autem obligationem verbis contractam acceptilatione tolli volumus. Tolli, accipe, principaliter. Nam per consequentiam etiam liberatur pater filio acceptilatione liberato: item et dominus liberato acceptilatione servo. *d. L. an inutilis*, §. *ult.* *L. species*, in fin. princip. *D. de accept.*

XIX. Videtur tamen Ulpianus acceptilationem quandoque admittere etiam in obligatione verbis non contracta. Admittit etiam in obligatione operarum per jusjurandum interposita in *L. et per.* 13. in princip. *D. eod.* his verbis: *et per jusjurandum liberti interpositam operarum obligationem tolli posse verius est.* Atqui obligatio operarum per jusjurandum liberati interposita non contrahitur verbis, seu stipulatione, sed jurejurando. Alioqui quorsum jusjurandum, si adhibetur utilis stipulatio, quæ per se satis firma est jure civili? §. *de constituta*, *Institut. de actionib.* Unde dicitur et per jusjurandum interponi: et alibi eodem Ulpiano auctore dicitur obligatio jurisjurandi, ut ex stipulatione obligatio verborum. *L. ut jurisjurandi*, *D. de op. lib.* Quod et verum est. Sed sciendum est in hac ipsa obligatione jurisjurandi, qua libertus promittebat patrono donum, munus, operas, intervenire solita fuisse solemnia quædam verba præter jusjurandum, sic tamen ut præcipua obligationis caussa esset jusjurandum, ut didicimus ex fragmentis Caji *Lib.* 2. *tit. de obl.* Hinc ergo dubitatio, an propter interpositionem istam verborum dici posset tolli posse per acceptilationem eam obligationem, quam tamen fateremur non verbis contrahi, sed jurejurando. Et non dubium est, quin plerisque visum sit non posse, illud generale præfracte retinentibus solam verborum obligationem acceptilatione tolli posse. Ideo Ulpianus non ut in re explorata dicit obligationem operarum per jusjurandum interpositam acceptilatione tolli posse: sed ut in re dubia et con-

12) Ita et Cujac. *ad L.* 27. §. 6. *de pact.* Pac. 1. Q. 99. Forte certior ratio, quia acceptilationis naturæ non conveniat, ut sub disjunctione fiat, seu ut fit alternativa. Fictio enim imitatur naturam. At hæc est Commentum solutionis *L.* 5. *h. t.* Ut autem per rerum naturam præstatio nulla est alternativa (nec concinne dicitur hoc aut illud præstitum, tametsi recte dicatur hoc aut illud præstandum) ita nec ejusdem imago. Contra duobus disjunctim debitis, ex. gr. Sticho aut Pamphilo, unius acceptilatio totam obligationem consumit *L.* 27. §. 6. *de pact.* quia idem efficeret unius solutio.

controversa hoc sibi verius videri. At cur verius? quia etsi non contraheretur obligatio verbis, sed jurejurando; non contraheretur tamen sine verbis, quæ ad jusjurandum accedere deberent. Unde intelligimus Ulpianum hoc exemplo definire obligationem verbis contractam, quæ acceptilatione tolli posset, non eam solum in qua obligatio nasceretur ex verbis, sed etiam nasceretur aliunde, non tamen sine verbis solemnibus, quæ jus in ea re desideraret.

XX. Quid ergo fiet in reliquis obligationibus prope infinitis, quæ verbis non contrahuntur? an in his nullus erit usus acceptilationis ad tollendam obligationem? Recta nullus, ut tollatur ipso jure obligatio. *L. si accepto*, 19. *D. de accept.* Sed remedio adhibito alia via perveniri potest ad hanc ipsam liberationem. Cautio autem hæc est, si detur opera, ut præcedentes omnes obligationes stipulatione novante perimantur, ipsa autem stipulatio perimatur per acceptilationem. Cujus cautionis ratio ex iis quæ de novatione et hactenus de acceptilatione diximus, expedita est. Et tamen ne laboraremus in ista stipulatione novante concipienda concepit jam olim Gallus Aquilius ejus stipulationis formulam, qua ut quæque res postularet, esset in promptu: exstatque hæc [13] formula in *L. et uno. D. de accept.* et §. *item per. Institut. quib. mod. tolla. obligat.* Et hæc est illa stipulatio quæ dicitur Aquiliana, cujus in transactionibus magnus usus est, et tam crebra in libris nostris mentio, ut *d.* §. *item per. quib. mod. tol. obligat. L.* 4. *L.* 5. *L. pacto*, *D. de trans. L.* 3. *L.* 4. *L. ut responsum*, *L. ubi. C. de trans.*

XXI. Sed ut verbis promissum exigimus, quod recte deducatur in acceptilationem: ita dum promissum erit, nihil amplius ad acceptilationem exigemus, nec quæremus, quomodo promissum sit, utrum pure, an in diem, an sub conditione. Ipsa quidem acceptilatio in diem aut sub conditione aperte concipi non potest. *L.* 4. *L.* 8. *D. de accept.* At ipsum quod debetur, et in diem, et sub conditione deberi potest, ut nihilominus acceptilatione recte tollatur: dum tamen ita id factum appareat, si conditio exstiterit, vel dies venerit. *L. quod in diem* 12. *D. eod.* Ita per stipulationem priorem inerit quoque in acceptilatione dies, vel conditio: sed quæ tacite insit, non exprimatur. Jam supra dixi expressa nocere, non expressa non nocere: sed nec intererit, ipsum quod promissum est, utrum commemoratione debiti seu promissi facta deducatur in acceptilationem, ut quod ego tibi promisi, vel, Stichum quem promisi, acceptum habes? *L.* 6. *L. pars*, *D. eod.* §. *item per. quib. mo. tol. obl.* an vero simpliciter res aliqua, aut certa summa, dummodo fuerit verbis debita, ut, accepta facis decem? si creditor respondeat, facio; acceptilatio recte fit, si qui rogabat, eo decem debuit, quanvis de promissis decem nihil expresserit. *L. sane*, 7. *D. eod.*

XXII. Restat finis acceptilationis, liberatio: quæ nisi acceptilationi proposita est, acceptilatio nulla est. *L.* 1. *D. de accept.* Quid ergo potest acceptilatio interponi non liberandi debitoris caussa? Potest, ut stipulatio non instituendæ obligationis caussa. Finge interponi vel per jocum, vel docendi caussa, aut simulandi. *L.* 3. in fin. *D. de obl. et act.*

XXIII. Sunt ergo hæ caussæ, quibus perficitur acceptilatio. Recte interpositæ vis ea, quæ superiorum liberationum, ut per acceptilationem tollatur obligatio. §. *item per. Inst. quib. mod. tol. obligat.* Nempe debitoris, in quo est illa obligatio, qua tenetur vinctus, donec ea solvatur: non autem creditoris, quem constat minime nexum debitori, aut obligatum esse: ut cui præstare necesse sit quod debetur, non etiam qui præstare necesse habeat. Nulla autem obligatio, nisi in quo est ea necessitas præstandi ex definitione *Inst. de obl.* in pr. ut dicendum sit acceptilationem, quæ ex hac re definitur liberatio in *L.* 1. *D. de accept.* non aliam liberationem intelligi posse aut debere, quam unius debitoris obligati, nunquam autem simul creditoris, qui non est obligatus. Supervacuum esset hoc monere, ac prope ineptum, nisi in *d. L.* 1. *de accept.* scriptum esset, acceptilationem esse liberationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio. Utriusque valet, et debitoris rogantis acceptum, et creditoris accepto ferentis. Tribuit ergo his verbis Modestinus utrique absolutionem, tribuit utrique eumdem nexum et obligationem, a quo contingit absolutio et liberatio. Quod profecto nisi absurde dici non potest, si hoc in utriusque persona accipimus passive; quasi scilicet uterque et debitor et creditor teneatur ante acceptilationem eodem nexu et obli-

13) Cujus singula verba explicat Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 393. *et seq.* Atque hæc non ipsa est species acceptilationis, sed ejus caussa præparatoria viam ad illam sternens, et materiam disponens ac idoneam reddens, Gœd. *de Contr. stipul. C.* 1. *n.* 71. Petr. Greg. 21. *Synt.* 19. *n.* 5. vid. Hortens. *ad L.* 4. *de transact.*

obligatione, a qua deinde per acceptilationem ambo absolvantur et liberentur. Quomodo igitur hic accipimus, ut conveniat cum iis quæ dixi? Nempe hoc sic accipi debet, ut nexus, et absolutio sit utriusque tum debitoris tum creditoris: sed in debitore intelligatur utrumque passive: id est is nexus quo ille tenetur, et ea absolutio, qua ille hoc nexu solvitur. In creditore autem intelligantur ista active, id est nexus quo ille vinctum debitorem tenet et absolutio qua ille ab eo nexu debitorem absolvit. Sitque hæc [14] sententia: acceptilationem esse liberationem, qua debitor absolvitur, et creditor absolvit ab eodem nexu, qua scilicet nectitur debitor, et creditor nectit. Nam quos locos citat Accursius, ut probet creditorem interdum dici teneri, et liberari, cum ei solvitur, nihil minus quam hoc quod vult, probant. Et tollitur quidem obligatio acceptilatione tanquam solutione; sine solutione tamen: idque hujus liberationis proprium est. Tanquam solutione, dum is qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum accepisset: hoc enim est, quod dicit se id quod debetur, acceptum habere, facere, ferre. Unde et acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur. *L.* 5. *D. de accept.* Sed tamen ita tanquam solutione, et solutionis exemplo, ut non sit solutio, quia nec pecunia hic solvatur: alioqui re vera solutio sit, non acceptilatio. *L. si accepto*, 19. §. 1. *eod.* Inde dicta acceptilatio, imaginaria solutio. *d.* §. *item per. quib. mo. tollat. obligat.* Recte imaginaria, quæ imaginem gerit solutionis, si verba creditoris spectes, qui se debitum pro soluto et accepto habere dicit: re ipsa non est solutio, quæ præstationem pecuniæ nullam habet: similiter, ut imaginaria emptio pretio non accedente, sine quo nulla est emptio, quantumvis imago et species emptioni quæsita sit. *L. imaginaria*, *D. de reg. jur.*

XXIV. Quid ergo, an non licet creditori infirmare acceptilationem, si dicat se pecuniam non accepisse, quam se acceptam habuisse respondit? Apparet non licere, postquam ex acceptilatione omnimodo contingit liberatio etiam pecunia [15] non soluta. Atqui si creditor in apocha (ea est scriptura testis pecuniæ solutæ. *L. qui tabulas*, §. *ult. D. de fur.*) scripserit sibi pecuniam solutam, a se acceptam esse, non aliter ea confessio creditorem tenet, quam si vere pecunia soluta sit. *d. L. si accepto*, 19. §. *ult. de accept.* Non quod in re dubia non cogatur creditor confessioni suæ stare post tempus exceptioni non numeratæ pecuniæ statutum, de quo in *L. in contractibus*, §. *super*, *C. de non num. pecun.* sed quod si ultro probare velit sibi pecuniam non esse numeratam, ut confessus est audiatur, et veritati locus supersit. *L. cum precibus*, *C. de prob.* *L. imperator*, in fin. *D. de prob.* Et ne quis moveatur exemplo, Ulpianus dissimilia hæc esse monet in *d. L. si accepto.* 19. §. 1. *de accep.* Et vero differentiæ ratio manifesta est. Multum enim interest, utrum quis quod debetur se acceptum habere dicat ut in acceptilatione, an vero accepisse, ut in apocha. Qui se acceptum habere dicit, hoc dicit se pro accepto habere etiam quod non accepit: et hoc quivis consensu suo potest facere, cumque semel voluerit, consensum postea mutare non potest. Qui autem dicit se accepisse, nihil de voluntate sua dicit, sed de re, quam quidem falsa affirmatione sua mutare non potuit. *L. assumptio*, *D. ad municip.* Unde et adversus id quod quisque falso affirmavit, jure probatio admittitur. Postremo acceptilatio interponitur liberationis inducendæ caussa: quam et voluntas creditoris potest efficere. Apocha liberationis antea inductæ testandæ gratia: quod si falso fecit creditor, nihil prohibet eum quod falsum dixit, postea arguere.

XXV. Huic liberationi cum illa consequentia sunt, quæ sunt cum cæteris liberationibus communia: cujusmodi est, ut uno ex participibus ejusdem obligationis per acceptilationem liberato alter [16] liberetur. *L. si ex pluribus*, 16. in princip. *L. an inutilis*, §. *ult.* *L. species*, in fin. princip. *D. de acc.* Item ut uno ex pluribus reis stipulandi acceptum ferente liberatio contingat in solidum: *L. et per.* 13. §. *ult. eod.* tum illud præcipue animadvertendum, quod si fidejussori accepto fuerit latum, placet reum quoque principalem liberari, licet reus non verbis, sed re sit obligatus. *L. et per.* §. *si fidejussori*, *L. si ex pluribus*, §. *ult. D. eod.* Quod non alia ex re efficitur, quam quod fidejussor, si solvit, totam obligationem tollit. *L. si pro ea C. mand.* acceptilatio autem solutionis exemplo liberat. *L.* 5. *de accept.* Quod ni

ita

14) Aliter Ræv. *ad L.* 35. *de R. I.* aliter Hot. 3. *Obs.* 18. ad solam Aquilianam stipulationem hæc referens.

15) Acceptilatio sine pecuniæ interventu liberat, Nec taman semper gratuitam habet remissionem, sed sæpe fit transigendi caussa, dotis costituendæ *L. licet* 43. *pr. de I. dot.* voluntaris defuncti adimplendæ *L.* 4. §. 1. *de lib. leg.* et ut aliud nobis detur vel fiat *L.* 9 *de præs. verb. L.* 4. *de cond. ca. da.* Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 379.

16) Uni autem heredum si accepto feratur pro parte sua tautum exoneratur *L.* 10. *h. t.* *L.* 2. §. 3. *de V. O.* Briss. *Lib.* 2. *de Sol. p.* 564. Pac. 7. Q. 47.

ita sit, videri possit præposterum, ut accessione principalis caussa tollatur. Sed hoc tantum placuit in fidejussore ejus, qui pure debuit. Quod si rei [17] sub conditione debitæ datus sit fidejussor, et ei accepto latum, conditione postea exsistente ipse quidem liberabitur, at non item reus principalis: quia prior fuit acceptilatio, quam obligatio ejus: porro antiquiore acceptilatione quam obligatio ejus est, liberari non potuit. Hoc in *d. L. et per.* §. *si legatorum*, §. *qui ita*, *seq. de accept.*

XXVI. Sed hæc vis est jure perfectæ acceptilationis. Imperfecta acceptilatio ut jure non valet tanquam acceptilatio, ita liberationem non parit, quæ tollat obligationem. *L. nisi* 14. *D. eod.* Estque hic sensus; cum creditor rogatus respondet liberandi debitoris caussa se acceptum habere, quod debebatur, si alioqui jure inutilis acceptilatio est, num saltem videatur pacisci creditor ne petat, prositque id pactum debitori; non quidem [18] ad eum ipso jure liberandum, quod pacto effici non potest; sed ad pacti conventi exceptionem qua se adversus creditorem tueatur: hanc enim ex pacto nasci constat. *L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact. L.* 5. *L. in bonæ*, *C. de pact.* Et definit Ulpianus inutilem acceptilationem pactum habere: pactum intellige creditoris, quo paciscatur, ne petat: quod Paulus alibi apertius ita explicat. *L. si unus*, §. *penult. D. de pact.* Et quia hoc pactum habet; ideo hinc quoque exceptio doli mali, vel pacti conventi debitori, qua se tueri possit; ut hoc quoque explicat idem Ulpianus sub persona ejus cui cum non verbis, sed re obligatus esset, accepto latum est. *L. si accepto*, 19. in princip. *D. de accept.* Ita in summa hoc dicit, quod in quæstione posuerat, inutilem acceptilationem utile pactum habere: utile, inquam, ad debitorem exceptione liberandum. Sed addit Ulpianus in *d. L. an inutilis*, exceptionem, nisi hoc quoque contra sensum sit, ne pactum esset. Sumptum ex definitione pacti: est enim pactum duorum pluriumve in idem placitum et consensus. *L.* 3. *D. de pollicit. L.* 1. *D. de pact.* ut proinde consensu remoto ne hic quidem sit pactum. Neque adversatur Paulus in *d. L. si unus*, §. *penult. de pact.* cum generaliter et sine exceptione definit, *si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videri, ne peteretur.* Ait enim *videri*: quod recte solum dicitur in re dubia.

XXVII. Et hoc item probat Ulpianus, qui tamdiu vult hic inesse pactum donec aperte probetur contra sensum esse. Contra sensum intelligitur, aut ex re in acceptilationem deducta, aut ex diversitate interrogationis et responsionis, aut ex modo et forma respondendi. Ex re, si deductum sit in acceptilationem, quod non debebatur. Hic quidem acceptilationem inutilem et imperfectam esse constat. *L. nisi*, 14. *de accept.* Sed nec de eo quod debebatur, hic pactum esse dixeris; cum appareat de eo quod debebatur consensum non fuisse. Ex diversitate interrogationis et responsionis aperte arguitur hic dissensus, cum debitor aliud rogat, et creditor aliud acceptum facit. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. obligat.* Itaque ut hic placet non valere acceptilationem; *L.* 6. in fin. *D. de acc.* sic nec inerit pactum; cum non sit consensus in idem; quem consensum pactum exigit. Ex respondendi modo idem hic dissensus in pacto ostenditur, si cum id ageretur, ut debitori acceptum ferretur creditor rogatus cum respondendo utilem facere posset acceptilationem, sciens prudens consulto eo modo respondit, quo sciebat acceptilationem nullius esse momenti: quod dissensus indicium posuit Ulpianus id *d. L. an inutilis.* Id autem sic accidere recte interpretabimur, si creditor acceptum rogatus, cum loqui posset, et homo non ignarus juris. sciret quid hic acceptilatio desideraret, consulto non respondit verbis, sed nutu. Et certe non obscurum id dissensus indicium est. Nam si creditor debitorem liberatum vellet, si non alias, at certe tum faceret cum id ageretur, ut debitori acceptum ferret, et posset ipse si vellet, id facere respondendo. Rogatus non fecit, idque consulto. Liberatum igitur debitorem noluit. Adde, quod cum id agitur, ut interponatur acceptilatio; si hanc consulto inutiliter interposuit creditor, neque erit acceptilatio, quæ jure non constat, neque pactum: quia non paciscendi, sed accepto ferendi caussa factum sit. *arg. in L.* 1. §. *eum qui*, *D. de pec. const.*

XXVIII. Quod si nihil horum probabitur de aperto dissensu, generaliter definiunt veteres pactum hic inesse, ne petatur. Quod et verum est. Nam qui voluit debitorem ita liberatum, ut ne ulla quidem supe-

17) P. Greg. 21. *Synt.* 19. *n.* 9. distinguit an in rem accepto latum sit fidejussori ubi et principalis liberetur, an in personam ubi secus.

18) Vid. *supra Lib.* 14. *C.* 36. *N.* 12.

resset obligatio: multo magis hoc animo fuit, ne peteret: nec dubium est quin multo magis hoc idem in rem suam debitor senserit. In quo consensu inest pactum. Sed non continuo id pactum etiam utile esse dicendum est. Nam ne apertum quidem pactum de pecunia a debitore non petenda semper est utile. Quid enim si paciscatur prodigus ne petat, aut pupillus sine tutoris auctoritate? deteriorem hi conditionem suam paciscendo facere non possunt. *L. contra*, *D. de pact. L.* 3. *L. novare*, *D. de nov.* Quod si paciscantur alii, ne creditor petat? Pactum inter alias personas interpositum jus alienum non minuit. *L. si unus*, §. *pacta*, vers. *ante omnia*, *D. de pact. L. servus*, *L. filius*, *L. debitorum*, *C. de pact.* Quid si paciscatur extraneus cum creditore ipso, ne a debitore petatur; Ne hic quidem per extraneam personam debitori exceptio quæri potuit. *L.* 1. *C. per quas pers. nob. acq.* Est autem absurdum, quod pacto aperto effici non posset, id tacita conventione effici putare. Dicemus igitur, si prodigus acceptum ferat, aut pupillus vel adolescens sine tutoris curatorisve auctoritate; ut inutilis acceptilatio est, ita et pactum quod hic inest, ne pecunia petatur, inutile futurum: quia utrumque æque contra leges. Idem dicemus, si tutor, procurator, aut alius quivis nomine creditoris accepto tulerit: ne extraneus qui creditori acceptilatione nocere non potuit, pacto noceat. Idem est, etsi extraneus roget acceptum debitori; ubi per extraneam personam non magis debitori quæri potuit pacto exceptio, quam acceptilatione liberatio.

CAP.

CAP. XXII.

De liberatione, quæ per exceptionem contingit. Quæ eo nomine exceptiones sint, et quibus ex caussis.

Transitio. Aliud liberationis genus exceptio. Quid illa. I.
Quæ liberant exteptiones aut habere caussas ex initio contractæ obligationis, aut a re jam contracta. II.
Prioris generis caussas aut esse ex ipsa re seu obligatione, aut ex contrahentium personis. III.
Ea ipsa re quinque existere speciales singularum exceptionum caussas. IV.
Singulæ compendio exponuntur. V.
Item duas ex conditione personarum; et quæ ejusmodi. VI.
Exceptiones, quæ obligatione rite contracta existunt, oriri ex quatuor caussis. VII.
Obiter de singulis. VIII.

I. EXpositæ sunt eæ species liberationum, quibus ipso jure debitor liberatur, quo eodem jure et tollitur obligatio. Atqui ut in eam rem superiores species liberationum sunt; ita non sunt plures jure communi. Ut proinde quidquid contracta obligatione inciderit postea, quod in eas species non cadat; quisquis erit contrahentium status, quæcumque voluntas de distrahenda obligatione, recte dicturi simus debitorem nihilo magis liberatum jure civili, sed obligationem eamdem manere. Ita enim certi sunt modi tollendæ obligationis jure constituti, ut extra hos nulla sit eo jure liberatio. *L. obligationum fere*, vers· *placet D. de obl. et act.* Sed quod non fit ipso jure, sæpe accidit, ut in eo oontingat debitori liberatio per [1] exceptionem: quod fuit alterum genus liberationis communis initio a me propositum. Recte vero etiam hoc genere debitorem liberari dicimus. Nam et ita loquuntur veteres, ut Antoninus in *L. 5. C. de pact.* et res ipsa id est effectus exceptionis hanc appellationem exigit. Etsi enim subtilitate juris actio manet, quæ per exceptionem removetur: tamen remota perinde habetur, quasi nulla omnino fuisset. Unde dictum regula juris, nihil interesse, utrum quis actionem non habeat, an actio per exceptionem [2] infirmetur. *L. nihil interest. D. de reg. jur.* Quid sit exceptio, cur ita appellata, quid item præscriptio res generis ejusdem, quæ exceptionum species, quis usus, dicetur opportunius inter judicia, ubi præcipue exceptionum usus est ad defendendos in judicio reos. Nunc de verbo tantum satis est rudius hoc tenere, exceptionem dici in usu juris omnem defensionem reo proditam ad actionem, quæ jure summo constituta est, æquitate defensionis summovendam. Sic describitur sub *Tit. Institut. de exc.* in princ. et reliquis. §§. deinceps seqq. De re quoque et effectu exceptionum tantum hic attingemus, quantum instituto convenit. De liberatione enim quærimus, qnæ per exceptionem contingit. Quamobrem et de eo solum hic agendum est.

II. Non omnes vero exceptiones debitorem liberant. Exceptionum quædam perpetuæ sunt et peremptoriæ, quædam temporales et dilatoriæ. *L. 3. D. de exc. §. appellantur, Institut. eod.* Temporales et dilatoriæ aperte debitorem non liberant: quando ut ex verbo ipso apparet, petitionem ad tempus tantum differunt. Solæ debitorem liberant perpetuæ et peremptoriæ. Liberare autem etiam ipsum verbum satis indicat. Inde enim dictæ sunt peremptoriæ, quod actionem perimunt: perpetuæ, quia in totum et perpetuo perimunt. In

1) Seu Jure prætorio; qua id ipso juri opponitur, vid. Donell. *ad* §. 10. *I. de act.* Idem est Jure Prætorio liberari et perpetua exceptione tutum esse, cum exceptiones a jurisdictione Prætoria pendeant et a Prætore impetrentur *L. 5. §. 1. de pec. const.* Idem est Prætoris tuitiones *L. 9. §. 1. Usuf. quem. cav. L. 1. in fi. Quod fal. tut. et simil.* Ubi autem quid ipso jure valet vel non valet Prætor se non interponit. *L. 16. §. 3. de minor.* Briss. *initio Lib. 3. de Sol.* Cujac. *ad L. 1. de pact.* Hotom. *ad L. 17. §. 1. eod.* P. Grangian. *Paradox. C.* 16.

2) Est tamen in effectu nonnulla inter hæc liberationum genera discrimen, vid. *supra C. 1. N. 1.*

In his ergo est id liberationis genus, quod quærimus. Hæ exceptiones numero variæ: sed quæ caussis suis distinctæ certis generibus includantur. Licet autem ex his caussis duo hæc genera earum exceptionum animadvertere. Quædam enim nascuntur jam ab initio in re ipsa contrahenda, quædam obligatione recte contracta exsistunt postea. Nascuntur ab initio, quæ caussas in ipsa obligatione contrahenda constitutas habent.

III. Caussæ partim ex re, quæ exceptionem et defensionem suadet; partim ex persona contrahentium.

IV. Ex re caussa una genere summa; si quis aliter sit obligatus quam conveniebat eum obligari. Ut autem ita quis obligetur, caussæ speciales quinque si quis quid promiserit coactus metu; si deceptus dolo; si errore suo falsus, si spe futuræ numerationis caverit se pecuniam accepisse, quam non accepit; si libertus patrono onerandæ libertatis caussa stipulanti quid promiserit. Hinc et totidem exceptiones ab initio natæ, re quidem quinque: nominibus autem quatuor dumtaxat, metus, doli, non numeratæ pecuniæ, in factum.

V. Ob metum illatum exceptio metus, seu exceptio quod metus caussa gestum sit. De hac exceptione est in Institutionibus *de excep.* in princip. et *L.* 4. §. *metus, D. de dol. mal. et met. exc. L. metum*, 9. §. *sed quod prætor*, *D. quod met. cau.* de qua et sub Titulo *de iis quæ metu gesta sunt*, a nobis dictum est. Ex dolo est exceptio doli, de qua *Institut. de excep.* in princip. et *D. de dol. ma. et met. exc. L. si quis cum aliter*, *D. de verb. obligat. L. dolo. L. de inut. stip.* Ea cum temperatur verbis remota doli mentione, dicitur in factum. *d. tit. de exc.* in princip. *L. non debet*, in fin. *D. de dolo. L. si quis cum*, *de verb. oblig.* Et de dolo suo loco diximus. Tantum hic monendi sumus doli exceptionem duplicem, esse specialem, et generalem. Specialis est, quæ cuique ex eo nascitur, quod ab initio dolo deceptus est, de qua et nunc loquimur: estque ea de qua nunc agitur in *d. tit. de exc.* in princip. Generalis est, quæ ad omnes exceptiones pertinet. *Generaliter* enim *sciendum est*, inquit Ulpianus, *ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem: quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam etsi inter initia nihil dolo facit, attamen nunc petendo facit dolose; nisi si talis sit in eo ignorantia, ut dolo careat.* Hoc ille in *L.* 2. §. *et generaliter, D. de dol. mal. exc.* Ex errore promittentis, qui quod non debebat, existimans se debere promisit, est eadem illa doli exceptio et in factum adversus eum, qui ex ea promissione quid petat: de qua specie est in *L. si quis cum aliter, D. de verb. obl.* Ut, si quis qui se heredem putabat, cum non esset, promiserit legatariis se legata soluturum: vel si heres quæ testamento legata erant, sed adempta codicillis, codicillos ignorans caverit legatariis. Ob pecuniam non numeratam est non numeratæ pecuniæ exceptio ei, qui cavit chirographo se pecuniam mutuam accepisse, quam se accepisse negat, §. *idem juris, Institut. de except.* de qua in obligatione literarum satis diximus. Illud tenendum, inter hanc et superiores atque adeo cæteras omnes exceptiones hoc interesse, quod qui metum, dolum, errorem, et similia facta ad defensionem adversario objicit, ea probare debet, si negentur: et generaliter reum in exceptionibus actoris partibus fungi oportet, eoque et exceptionem velut intentionem probare. *L. in exceptionibus L. quoties*, §. *qui dolo, D. de probationib.* Idque ex regula perpetua juris, ei qui dicit incumbere probationem, non ei qui negat. *L.* 2. *D. de probationib.* In exceptione autem pecuniæ non numeratæ hoc servatur, ut reo qui se accepisse cavit, satis sit id negare: proinde et petitor hac opposita cogatur probare pecuniam reo esse numeratam. *L.* 3. *C. de non num. pecun.* Nempe contraria de caussa, quod hic nihil factum affirmat reus sed numerationem negat: atque hujus naturali ratione probatio nulla est: ratio differentiæ reddita in *L. adseveratio*, *C. de non num. pecun.* congruit *L. actor*, *de probationib. d. L.* 2. *D. de probation.* De iis quæ onerandæ libertatis caussa stipulatus est patronus, est adversus eum [3] exceptio prodita non solum liberto, sed et successoribus liberti. *L.* 1. §. *quæ onerandæ*, §. *ult. D. quar. rer. act. non det.* Sed hæc ut adversus patronum ob reverentiam ei debitam, non doli, sed dumtaxat in factum temperata, ut et bonæ fidei mentio fiat. *L. licet, D. de obseq. L. non debet*, in fin. *D. de dolo.* Quæ onerandæ

3) *L. ult.* §. *ult. eod. L.* 32. *de op. li.* Cujac. 16. *Obs.* 8. exemplum esse putans, si in manumissione quid promittatur pœnæ nomine si libertus patronum offenderit, quod in perpetuo metu constituat, ne vel levicula re offendat. Eidemque exceptioni etiam locum esse in contractibus bonæ fidei.

dæ libertatis caussa fiant, declaratur in *d. L.* 1. §. *quæ onerandæ*, *quar. rer. act. non det.*

VI. Ex persona contrahentium nascuntur ab initio exceptiones duæ: exceptio senatusconsulti Macedoniani, et exceptio senatusconsulti Vellejani. Macedoniani exceptio comparata est eo senatusconsulto ex hac caussa, si pecunia mutuo data sit filiofamilias: prodita ei non solum quandiu est in potestate patris, sed et ea potestate liberato; prodita et patri qui conveniatur eo nomine de peculio. De hoc genere abunde diximus sub titulo *de senatusconsulto Macedoniano.* Jus de hac caussa comprehensum senatusconsulto in *L.* 1. *D. senatuscons. Macedon.* expositum plenius in §. *illud*, *Instit. quod cum eo.* Hujus exceptionis mentio ubique frequens; ut *L. item si*, §. *quamquam*, *L. sed si*, *L. tamen*, *L. penultim. D. de senatuscons. Macedon. L. qui exceptionem*, *D. de cond. indeb. L. doli*, *D. de novat.* Vellejani exceptio prodita senatusconsulto Vellejano mulieri, quæ pro alio intercessit. Et de ea sub titulo *de senatusconsulto Vellejano* diximus. Jus cautum senatusconsulto, quod exstat in *L.* 2. *D. eod. titul.* Etiam hujus exceptionis crebra mentio sub eo Titulo. Statuitur maxime in *L. si mulieri*, 15. *L. si pro* 21. *eod. tit. d. L. qui exceptionem*, *de cond. indeb.* Utraque nata non tam ex re, quam ex personis contrahentium. Prior enim in odium fœneratoris ejus cui debetur, constituta est; *L.* 1. *D. de Maced. L. qui exceptionem.* Posterior mulieris caussa, cui in intercessione succurritur ob sexus infirmitatem. *L.* 2. §. 1. *D. ad Vellejan. d. L. qui exceptionem.*

VII. Obligatione recte et sine vitio a principio constituta, exsistunt interdum postea et debitori justæ exceptiones. Oriuntur autem ex his caussis quatuor, remissione debiti, jurejurando, re judicata, et diuturno silentio creditoris.

VIII. Remissio debiti exceptionem debitori parit, cum creditor debitori justa voluntate debitum remisit. Justa voluntas ad eam rem duplex; pactum, et suprema voluntas. Pactum, si creditor paciscatur cum debitore, ne ab eo petat. Atque hinc exceptio pacti conventi: de qua in §. *præterea*, *Instit. de except.* Exceptio comparata edicto de pactis; quo edicto cum prætor generaliter polliceatur se pacta esse servaturum: *L. jurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* maxime hoc polliceri intelligitur se servaturum ea quæ pro reo sint; id est, quibus paciscatur creditor, ne petat. Non servat ita, ut actionem ipso jure tollat. Prohibet jus civile, quo certi constituti sunt modi tollendæ obligationis, in quibus non est pactum, ut ex superioribus divisionibus facile intellectum est, et pene diserte traditur in *L. obligationum fere*, *D. de obligat. et actionib.* Restat igitur, ut servet pactum proposita reo pacti exceptione. Quod cum per jus civile facere liceat, etiam perpetuo fieri intelligendum est. Unde illa sententia certi juris, pacta quanvis non omnia actionem pariant, semper tamen etiam ex intervallo interposita parere exceptiones. *L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact. L. in bonæ C. de pact.* Datur hæc exceptio omnibus, quibus pactum prodesse potest: adversus omnes quibus potest nocere. Quibus autem prosit pactum, aut noceat, sumi potest ex his quæ scripsimus *in compendio de pactis ad eum titul. C.* Suprema voluntas idem efficit, cum testator testamento aut codicillis debitori legavit [4] liberationem. Nam supremam voluntatem maxime ratam esse oportet præter cæteras. *L. verbis*, *D. de verbor. significationib.* Sic autem hæc servabitur, si aut debitori sit actio ex testamento, qua consequatur ab herede, ut liberetur per acceptilationem, aut herede agente debitor per exceptionem defendatur. Et utramque ex hac caussa debitori paratam esse placuit. *L.* 3. §. *nunc de effectu*, *D. de lib. legat.* Nam ut debitor hac voluntate ipso jure liberetur, neque testatoris mens est, qui non dicit se debitorem liberare, sed ut liberetur, jubet: neque si mens ejus esset, quidquam proficeret: quia jus non patitur, ut liberetur quisquam

4) De qua agit Briss. *Lib.* 3. *de Sol. p.* 450. *et seq.* ita fere: Legari liberatio potest cuicunque debitori *L.* 1. *de lib. Leg.* etiam ex delicto. Nec nostro tantum heredisve nostri, sed et cujusvis alterius *L.* 8. *pr.* sive civili sive honorario jure teneatur, non autem perpetua exceptione tuto *L.* 13. Si tamen marito liberatio dotis legetur, etsi alias ab eo exigi non potuisset, quia non solvendo, efficax tamen legatum *L.* 5. §. 2. *d. t.* vid. Pac. 6. *Q.* 42. Sed et fidejussori a debitore *L.* 11. *h. t.* Effectus: Legatario datur tum exceptio doli, tum actio ut accepto liberetur *L.* 3. §. 3. Etenim liberato reo eodem modo fidejussor *L.* 2. *pr. L.* 5. *pr.* ubi et ratio exceptionis, non contra *d. L.* 2. vid. A. Hering. *de Fidei. C.* 20. §. 8. Si uni ex duobus reis legetur, si ei soli consultum voluit testator, et socii non sint, pacto; sin socii sint, acceptilatione liberatio præstanda *d. L.* 3. §. 3. Fac. L. 29. *h.* Herede petere vetito, nec heredis heres petet nec a debitoris herede, si in rem concepta legati verba, secus si in personam, ut *L.* 8. §. 3. *L.* 20. *pr. h. t.* cui ita non obstat. *L.* 15. *eod.* vid. Vaud. 1. *Q.* 18. et Pac. 6. *Q.* 42. Si rationes exigi vetuerit quid legato insit, et quod dolus non remissus, vid. *L.* 8. §. *pen. L.* 9. *L.* 20. *in fi. L.* 28. §. 4. *L. ult.* §. 1. *d. t.* Quid locatione colonis legata? *L.* 16. *et* 22. *seqq.* Cedit legato et quod postea debito accesserit *L.* 28. §. 6. *L. ult.* §. 4. non autem alia, quæ postea deberi cœperunt, nec accessionis loco sunt *d. L. ult.* §. *ult.* Effectus autem ita, si in diem mortis manserit obligatio, non si testator vivus exegerit aut solutum acceperit *L.* 7. §. 4. add. *L.* 24. *d. t.* Quod si sub conditione legatum, pendente ea, exegerit heres, existente restituit *L.* 7. §. *ult. L.* 21. §. 26. §. 7. *de cond. ind.* Nisi liberatio ad tempus legata. Tunc enim post tempus non proficit *L.* 8. *. 1. *L.* 28. §. 18. *d. t.* Quare uti alias solutum ante diem non condicitur, ita nec hic. Liberatione legata depositario an is actione in rem conveniri poterit? Id licet quidam affirment arg. *L.* 28. §. 4. *d. t.* omnino negandum vid. Covar. 2. *Var. Resol.* 14.

quam [5] voluntate creditoris: nemo autem potest facere, ne leges in suo testamento locum habeant. *L. nemo*, 55. *D. de legat.* 1. Ex jurejurando debitori exceptio est, si is deferente adversario juraverit se non debere: hinc exceptio jurisjurandi: de qua in §. *æque*, *Institut. de actionib.* Exceptio proposita edicto de jurejurando. *L.* 3. *L. nam posteaquam*, in princip. §. 1. *D. de jurejuran.* Qua ex caussa detur, quibus, adversus quos, qua de re, scripsimus *in commentario de jurejurando*, *Cap. VII.* Res judicata exceptionem adfert debitori, cum quo actum est judicio, si eo judicio sit absolutus. Sic enim de eo judicatum est, quasi nihil deberet. Non efficitur quidem hac sententia, ut si vere debuit, liberetur. *L. Julianus*, *de condict. indeb.* Sed quia judicatur non debere, perinde haberi debet, quasi non deberet propter auctoritatem rei judicatæ. *L. servo*, *L. cum prætor*, *D. ad Trebel.* Id autem ita consequetur, si conventus defendetur exceptione. Et in hanc rem comparata exceptio, quæ dicitur rei judicatæ. De qua in §. *item si Inst. de except.* et tot. tit. *D. de except. rei judic.* Hæc quibus detur, adversus quos, qua de re, tum maxime intelligetur, cum de rebus judicatis, earumque effectu cognoverimus. Nam hujus effectus pars est hæc exceptio. Silentio diuturno creditoris fit, ut debitor adversus eum exceptionem nanciscatur, cum intra tempora ad agendum præfinita creditor non egit. Sic enim tempore excluditur, quominus recte agat postea, exceptione in eam rem debitori constitutionibus prodita; quæ usitate præscriptio temporis nominatur. Tempora hæc triginta anni, interdum et quadraginta, civitatibus centum. Jus constitutum *tit. C. de præscript. triginta vel quadraginta annor.* præcipue in *L. sicut*, et *L. omnes*, *C. eod. tit.* Sed de toto genere liberationum, quæ ex temporis lapsu debitori nascuntur, sive ipso jure sive per exceptionem, dixi satis in commune sub titulo, *Quo tempore quæque obligationes et actiones finiantur: seu, de perpetuis et temporalibus actionibus.* De usu istarum exceptionum in judiciis, deque earum effectu, ideo nihil hic dicimus, quia proprius cognoscendi locus est ad omnes exceptiones pertinens in judiciis, ubi et dicere nobis constitutum est, quantum res postulare videbitur.

CAP.

5) Non recte itaque Gœd. *ad L.* 143. *de V. S. n.* 1. remissione hac statim perire actionem, eo momento quo remittitur.

CAP. XXIII.

De propriis quarundam obligationum liberationibus: puta Mandati, Societatis, Duorum reorum obligationis, Accessionum. Ac primum, Quibus modis solvatur mandatum.

Transitio, et Methodi ratio. I.
Quatuor esse proprias singularum obligationum liberationes; et quæ sint. II.
Mandatum solius mandatoris voluntate solvi. Ejus differentia ab emptione et reliquis. III.
Item morte mandantis; et quare. IV. V.
Illud etiam quod quis cammisit post mortem suam; dummodo ad heredes, non ad mortui mandatoris curam spectet. VI. VII.
Et cum mandanti, tum mandatario res sit integra; et quando sit talis, aut esse desinat. VIII.
Interdum licet integra re, mandatum solvitur, durat mandati obligatio: qui hujus effectus; et quid in mandato dotis. IX. X.
Solvitur et mandatarii voluntate mandatum quatuor modis 1. *renuntiatione tempestiva mandati.* XI.
2. *Sola renuntiandi voluntate, et quomodo.* XII.
3. *Justa ommittendi mandati caussa. Hæc duplex, et qualis.* XIII.
4. *Morte mandatarii, quandiu res integra.* XIV.
An mandati actionem habeant heredes mandatarii, qui juris ignorantia mandatum sunt exsecuti. XV.
Exponitur L. mandatum 57. D. mand. *et Florentina lectio castigatur.* XVI.

I. His de utroque genere liberationum cognitis, tam earum, quæ ipso jure contingunt, quam earum, quæ per exceptionem, omnis liberandi debitoris ratio est exposita, simul et solvendæ obligationis. Tot enim genera liberationum initio nobis proposita fuerunt; ut si recte divisimus, eorumque generum species recte complexi sumus, extra eos modos de quibus diximus, nulla sit liberatio. Et vero hoc ita est: si tamen communes et ad omnem obligationem pertinentes liberationes quærimus: ad quas etiam superiorem illam divisionem initio retulimus. Cæterum ut proposui, et propriæ quædam certarum obligationum liberationes sunt, quas deinceps breviter subjiciam. Sunt, inquam, ex infinito numero obligationum certæ quædam, quæ in hac re a communi cæterarum lege recedant, et singulari quodam præter cæteras ac proprio jure in eo utantur, natura earum ita postulante. Cui juri si inter liberationes locum esse volumus, ut certe esse oportet, cum et hic suæ liberationes sint: non alium huic generi idoneum assignare potuimus, quam hunc ipsum postremum; ut communibus pertractatis, quæ omnium obligationum essent, sic deinde proprias istas, quæ a prioribus remotæ essent, tanquam ab illis exceptas extremo loco subjiceremus.

II. Et quæ propriis istis modis solvantur obligationes, genere sunt quatuor: Mandatum, Societas, Duorum reorum obligatio, et principalis obligationis Accessiones quoquo modo contractæ. Propriæ liberationes quas in his obligationibus esse diximus, sunt fere hujusmodi; ut unius ex contrahentibus voluntate solvatur obligatio; ut unius morte, capitis minutione, bonorum amissione: ut quæ liberationes alicui competere cœperunt, ad alios debitores pertineant, cum neque solverunt ipsi, neque eorum nomine alius, nec novatio, aut acceptilatio, aut ulla conventio eorum nomine sit interposita. Si quibus, inquam, in obligationibus his modis locus est, vere proprias has liberationes et a communi cæterarum obligationum lege remotas esse diximus. Nam nullæ aliæ obligationes unius ex contrahentibus voluntate dissolvuntur. Vetat et definitio obligationis et jus in hac re certo constitutum. *L. sicut, C. de obl. et act.* Multo minus obligatio in contractibus finitur morte vel creditoris, vel debitoris. Idque ex eo facile intelligere possumus, quod actiones ad heredes transeunt, ut et creditoris heredi-

dibus dentur, et dentur adversus debitoris heredes. §. 1. *Instit. de perp. et temp. act.* Quod sumendum est ex iis, quæ disseruimus supra de hereditariis actionibus. Multo etiam minus tollatur obligatio, aut liberetur debitor, si solvendo esse desinat. Nec incendium, nec casus ullus fortuitus bona auferens debitorem ære alieno liberat. *L. incendium*, *C. si cert. pet.* Non enim obligatio in eo est, ut debitor quid præstet, si habet in bonis, sed simpliciter ut præstet, undecumque præstandi facultatem nanciscatur. *L.* 3. *D. de obl. et act. L. continuus*, §. *illud*, *D. de verb. obl.* Solutionis quoque hæc conditio est, ut nemo debitor solutione liberetur, nisi si aut solvit ipse, aut ejus nomine alius. *Inst. quib. mod. tol. oblig.* Sed nec acceptilatio, aut conventio cum aliis interposita aliis prodesse potest, vetante regula juris, qua efficitur, per liberam personam, quæ juri nostro subjecta non sit, nobis nihil quæri posse. *L.* 1. *C. per quas pers.* Atqui his modis in superioribus generibus obligationum propria quadam ratione locus est. Quare harum obligationum proprias istas liberationes recte vocamus, de quibus jam dicam eodem ordine.

III. In his primum posuimus mandatum. Et præter communes illas liberationes, quæ hic quoque in universa mandati obligatione locum habent; solvitur mandatum proprio jure, partim ex persona mandantis: partim ex persona ejus qui mandatum suscepit. Ex persona mandantis duobus modis; voluntate mandantis, et morte. Voluntate, ut quisque mutavit voluntatem, et revocavit mandatum, dum re integra. §. *recte*, *Inst. de mand. L. si vero*, 12. §. *pen. D. mand.* Hic statim occurrit contra exemplum similium contractuum, emptionis, venditionis, locationis et conductionis. Nam hi similiter consensu contrahi dicuntur, ut mandatum. *Inst. de obl. ex cons.* et in omnibus his postquam contracta sunt, pariter ultro citroque actiones. Atqui ab emptione, venditione, locatione, conductione nulli ex contrahentibus recedere licet invito altero quanvis re integra. *L.* 3. *C. de res. vend. L.* 1. *L.* 2. *C. quan. lic. ab empt. dis. L. ab emptione*, *D. de pact.* Cur magis igitur id facere liceat in mandato? Natura mandati id facit a superioribus in hac re longe dissimilis. Nam in emptione et venditione, locatione et conductione negotium geritur utriusque partis caussa, ut proinde utriusque intersit contractum servari: et quia interest, non possit hæc utilitas alterutri ex contrahentibus auferri invito. Mandatum [1] contra solius mandantis caussa suscipitur, nulla ejus qui suscipit *L. si servus*, §. *quod vero*, *D. de furt.* Sic jus est in iis omnibus, quæ pro nobis constituta sunt, ut his uti liceat, si videtur; si non placent, liceat his renuntiare. *L. si judex*, *D. de min. L. pen. C. de pact. L. quod certa*, *D. de sol.* Sed esto, dissimiles si contractus sint. At saltem mandatum contractus est, quo suscepto et mandati obligatio contrahitur. *Inst. de obligat. ex cons.* An non igitur saltem obstat generale illud, quod traditur, obligationi semel constitutæ renuntiare invito altero neminem posse? *L. sicut*, *C. de obl. et act.* Ne hoc quidem. Mandato enim suscepto, quandiu res integra est, obligatur quidem qui suscepit, ut mandatum impleat, aut tempestive renuntiet. *L. si mandavero*, §. *ult. D. mand.* At non item obligatur is qui mandavit, ut quod semel mandavit, id geri aut perfici patiatur. Quo fit, ut cum is mandatum revocabit, dici non possit renuntiare constitutæ obligationi, quæ illi ad perseverandum in mandato nulla constituta est. Nullam autem hic cuiquam obligationem esse, ut permaneat in mandato, duo planum faciunt. Primum illud, quod dixi, totum mandatum institui mandantis caussa: liceat autem cuique iis quæ pro se introducta sunt renuntiare. *d. L. si judex*, *D. de min.* Deinde quod constat, quidquid hic suscipitur ab adversario, in eo suscipi officium et beneficium, quod præstet mandanti. *L.* 1. §. *ult. D. mand.* Nemo autem oblato beneficio ab alio, quantumvis se paratum esse id accipere initio ostenderit, ideo obligatur, ut accipiat. Accipit, si vult: si non vult non cogitur admittere: et ut est regula juris, invito beneficium non datur. *L. invito*, *D. de reg. jur.* Sed non omnes mandatum recte revocant, neque quovis tempore. Mandatum solus recte revocat dominus. Procurator absentis si revocet, non facit, quominus mandatum perseveret, et quod fiet postea a mandatario mandati exsequendi caussa, fieri intelligatur ex mandato. Sed hoc facit, ut si justam caussam habuit interpellandi id quod mandatum erat, teneatur mandatarius, nisi denuntiationi paruerit. *L.*

1) Ita et Donellus noster *ad L.* 15. *Cod. hoc tit.* Cujac. *ad L.* 6. §. *ult. de contr. empt.* Revocatio autem mandati est specialis ex. gr. de contrahendo, denunciari quoque debet alteri, illi cum quo contrahere debebat, si ex eo alias lædi posset *L.* 12. §. 2. *L.* 38. §. 1. *de sol. L.* 12. *ad Maced.* Quod si Procurator ille universalis debet denunciatio fieri publico proscripto, vel proclamatione, aut edictis, in locis publicis, ut ad omnium notitiam pervenire possit, per *L.* 11. §. 2. *et seq. de instit. act.* Gomez. 2. *Res.* 5. *n.* 6.

L. si hominem, 30. *D. mand.* Atque ut dominus revocet mandatum, etiam hæc conditio est, ut revocet re integra, ut est in *d.* §. *recte*, *Inst. de mand.* Res integra est in mandato, quæ ei qui suscepit, integra est, dum ei per caussam mandati nihil abest. Tum desinit esse integra, cum illi quid eo nomine abesse cœperit. Quod quam recte definiamus, et quid contineatur his verbis, dicam paulo post in commune, cum de morte mandantis dixero: quando et in hoc modo inest eadem conditio.

IV. Altero ergo modo ex persona mandatoris solvitur mandatum: hujus ipsius [2] morte: *L. inter*, 26. in pr. *L. si præcedente*, 58. in pr. *D. mand.* Idque eadem illa conditione qua supra, dum re integra, seu integro mandato mors mandatoris intervenerit. §. *item si adhuc*, *Inst. de mand.* Quod cum placet, hic demum licet singularem modum dissolvendæ obligationis agnoscere. Cum enim dicimus morte mandantis solvi mandatum, nimirum hoc dicimus, quanvis is qui mandatum susceperat, neque impleat mandatum, neque id renuntiet heredibus mandatoris, tamen mandati actione his non teneri: et contra si forte idem bonam fidem secutus sit, quod suæ curæ commissum erat, tamen eum mandati actionem non habiturum adversus mandatoris heredes. Utrumque ideo, quia nec ipse teneri mandati, nec ipse mandati actionem nancisci potest, nisi ex mandato: mandatum autem prius omne morte mandantis intercidit. Atqui si viveret adhuc qui mandavit, sic esset mandati obligatio, ut qui mandatum suscepit, implere deberet mandatum, aut ei mandatum recte renuntiare: et vice versa si qui suscepit, id impleret, nemine mandatum revocante, et mandati actionem contrariam habere. Ex quo apparet hoc dicere nos, neque heredes mandatoris in idem jus succedere, ut his idem præstari debeat ex caussa mandati, quod defuncto; neque vicissim eosdem eodem jure et obligatione teneri ei, qui mandatum suscepit. Utrumque plane præter jus commune de jure heredum, et transmittendis in eis actionibus. Nam si de eo defuncto agitur, cui quid præstari debuit, placet heredem in idem jus succedere, ut et illi idem præstari debeat; ac nisi præstetur, eædem sint heredibus actiones. *L. heres in omne*, *D. de acq. her.* §. *ult. Institut. de loc. et cond. L. qui in jus D. de reg. jur.* E converso si agitur de eo defuncto, qui quid debuit; placet hic quoque, si obligatio ex contractu est, sine exceptione obligationem et actionem in heredes transire. *L. ex contractibus*, *D. de obligat. et act.* §. 1. *Institut. de per. et tem. act.* Singularis igitur ratio hæc dissolvendæ obligationis in mandato, cum id morte mandatoris solvi dicimus, quanvis adjiciamus re integra.

V. Cur ergo admissa in mandato, contra superiores regulas, et jus commune heredum? Natura mandati id postulare visa est, quasi in eo hoc ipsum ageretur ab initio, ne mandatum rebus integris egrederetur personam mandatoris, et obligatio transiret ad heredes. Et vero hic sensus ex proposito et mente contrahentium non difficile hoc modo colligitur. Nam quod attinet ad mandatorem, quisquis quid sibi præstari paciscitur, ut mandator alienam in re sua gerenda operam, is quidem putatur esse hoc animo, ut velit etiam cautum heredibus; sed ita, dum consultum sit ad eos transire: alioqui contra. *L. si pactum*, *D. de prob. L. avus; D. de pact.* At experientia docet etiam imperitissimos, non esse consultum heredibus, ut quod quis mandavit gerendum alteri, in eo mandatum idem transeat ad heredes: quia non idem fieri expedit heredibus, aut non ita affecti futuri sunt, ut velint rem per alium, aut per hunc geri. Quare probabile est etiam omnem mandatorem hoc agere, ut sibi soli mandatum velit, rem autem integram relinquere velit heredibus. Sed ut forte mandator ita affectus non sit: tamen hæc plane ejus qui mandatum suscipit, mens est, ut mandatori operam præstet, non ejus heredibus. Quidquid enim hic suscipit mandatarius, operam atque officium suscipit mandantis caussa, quia aut putat se illius meritis debere, aut bene erga illum affectus est, vel ob virtutem, vel propter amicitiam, conjunctionem, affinitatem, et similes caussas. Eodem animo illum affectum esse erga mandatoris heredes nemo dicet: cum illi partim sint ignoti, partim etiam alienissimi aut etiam indigni eo beneficio futuri. Perspicuum est igitur saltem ab hac parte maxime hoc agi, ut mandati operam præstet mandatarius, non etiam heredibus mandatoris, quibus ut ignotis, vel indignis vel alienis nunquam ad idem officii præstandum obstringi velit. Quod cum ita sit, efficiaturque hoc totum conjecturis naturæ mandati et pro-

2) Quod et consequens prioribus, quia morte finitur voluntas; Donell. noster *ad L.* 15. *C. h. t. n.* 2. Hotom. 2. *Amic.* 58. Idem est in furore, quia et sic velle quis desinit *L.* 47. *et seq. de acq. her.* Duar. *ad tit. D. de acq. her. C.* 4.

proposito contrahentium plane convenientibus: recte sic mandatum acceptum est, ut intelligeretur officii in eo suscepti præstatio esse personalis, contInerique persone solius mandatoris, sive quid ei præstare deberet mandatarius, sive quid vellet re impleta eo nomine exigere. Quo rursum posito consequens fuit, quod posuimus, ut morte mandantis solveretur mandatum, nec obligatio mandati exsequendi transiret ad heredes aut adversus heredes mandantis. Idque non modo non repugnantibus, sed etiam ita exigentibus regulis juris, quæ sunt de actionibus omnique jure defuncti ad heredes transferendæ. Quod enim dicitur heredem, in omne jus atque onus defuncti succedere: *L. heres in omne*, *D. de acq. her. L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. in princip. *D. de bon. poss.* hactenus verum est, ut semper quæ personalia sunt excipiantur: quæ placet ut personæ coherentia cum persona finiri, eoque nec ad heredes transire. *L. non solum*, 8. §. *tale*, *D. de lib. leg. L.* 3. §. *ult. D. quib. mod. ususfructus amit.*

VI. Adeo autem probandum est mandatum morte mandatoris dissolvi, ut quanvis quis nominatim mandaverit quid fieri post mortem suam, quod et mandatum isto modo mandatarius susceperit, placeat tamen nihilominus et hoc mandatum eodem modo solvi. Ut puta, jussi debitorem meum post mortem meam Titio solvere. Scribit Paulus debitorem me mortuo non recte Titio soluturum: quia mandatum morte dissolvatur. Hoc ille in *L. ult.* in fin. *D. de solut.* Idque ex lectione vulgari, itemque Florentina. Quam lectionem ne quis repudiet, ut Accursius tentat, et alii [3] quidam fecerunt, idem declaratur in specie simili in *L. et si quis*, §. *si cui funeris*, *D.* de relig. *Si cui*, inquit Ulpianus, *funeris sui curam testator mandaverit, et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit.* Sive mandata est hæc cura testamento, sive inter vivos, semper efficitur hoc responso mandatum id morte mandantis defuncti intercedisse, quantumvis is cui mandabatur mandatum agnoverit pecunia in eam rem accepta. Alioqui esset adversus eum qui funus non curaret, aut actio mandati, siquidem ei inter vivos id mandatum esset; aut ex testamento, si mandatum esset testamento, quia ut quisque ex testamento aut voluntate testatoris accipit, hactenus et testamento onerari potest. *L.* 3. §. *penult.* §. *ult. et LL.* seqq. *D. de leg.* 3. Quibus actionibus propositis cessaret de dolo. *L.* 1. in princip. et §. *ait. D. de dolo.*

VII. Sed ideo hic hæsitatur, quia contrarium scriptum est in *L. si vero*, 12. §. *ult.* et *L. idem est*, *seq.* in his caussis. Mandavi tibi ut post mortem mihi monumentum faceres: placet et heredem meum mandati tecum agere posse; et si pecunia tua monumentum feceris, habere te adversus heredem meum actionem. Idem est, etsi mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum. Ego puto recte ista conciliari distinctione, quam ipsa hæc exempla et natura rerum suggerant: vel potius his exemplis eam distinctionem induci quam hic teneamus. Interest, utrumres de qua mandatum est, ut in ea post mortem mandatoris quid fieret, mortuo mandatore ad heredem ejus pertineat, an non pertineat. Si pertinet, mandatum etiam post mortem collatum mandatoris finietur: scilicet ut res quæ heredum esse cœpit, servetur heredibus integra, quibus nec pacto nocere voluit in re sua, nec mandatarium invitum obstringere, qui mandatorem tantum spectavit. Quod si res ad heredes non pertinebit, perseverabit mandatum, et mandati obligatio quanvis mortuo mandatore. Prioris partis hujus distinctionis exempla sunt duo illa priora, quæ retulimus: posterioris duo posteriora. Nam cum mandavi debitori meo, ut post mortem meam Titio solveret, mandavi de eo debito, cujus obligatio et actio me mortuo ad heredes meos pertinet. De eo ergo ipsi statuent, ut volent; nec mandatum meum impediet, cui propositum non fuit commodum heredum lædere. Similiter cum mandavi tibi, ut funus meum curares, mandavi hic quoque de re ad heredes meos pertinente: nam et cura heredis defuncti ad heredes pertinet. *d. L. etsi is*, §. *ult. D. de relig.* Quare et hanc quoque curam heredi servabimus; idque maxime assentiente defuncti voluntate, qui in re inprimis ad existimationem heredum pertinente his suum

3) Cujac. 1. *Obs.* 38. ita inverso verborum ordine legens: Ei autem cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur, et audacter scribens, vulgatam lectionem alienam esse a principiis juris, et Briss. *Lib.* 1. *de Sol. p.* 326. Sed Hotom. 2. *Amicab.* 58. ita: Mandatum post mortis tempus conferri nequit *d. L. ult. de sol.* in quo tamen vulgo contrariam regulam faciunt, vid. Benvenut. Straccha *de Mercat. Tit. Mandat. n.* 49. Petr. de Bella Pertica *Q.* 285. nisi mortis caussa sit donatio, et ultimæ voluntatis speciem referat, quæ non nisi post mortem impleri potest, cujus modi species in *L.* 18. §. 2. *de don. mort. ca.* Idem esse in mandatis, quæ non nisi mortis caussa injunguntur, veluti ut monumentum fiat, ut fundus ematur, in quo sepulcrum fiat *d. L.* 12. §. *ult. et L.* 13. *h. t.* ut funus curetur *d. L.* 14. §. 2. *de relig.* ubi Pac. 4. *Q.* 86. actionem de dolo exponit actionem mandati propter dolum, seu nomine doli.

suum honorem, ut verisimile est integrum esse voluit. At cum mandavi tibi, ut post mortem mihi monumentum ædifices, nihil hic Ædificatio ad heredis curam pertinet. Ipse enim funus defuncti curare debet: sed funus dumtaxat, nihil amplius. *d. L. etsi quis*, §. *ultim. de relig.* ut proinde nec monumentum defuncto ædificare necesse habeat. Illic quoque cum mandavi tibi ut fundum post mortem emeres heredibus meis, is fundus cum sit alienus non potest intelligi de re heredum tibi quidquam mandatum esse. Hinc commutata ratione in utraque hac specie posteriore recte placet mandatum morte mandantis non solvi, sed et post mortem ejus durare: his de caussis; et quod mandator in his etiam post mortem nihil mandat de re aliena, sed sua: et quod mandatarius cum id mandatum exsequetur, operam præstabit mandatori, non ejus heredibus: quæ res duæ mandatum ex consensu retinent, uti contrariæ cum inciderint, dissolvunt: hanc enim caussam dissolvendi morte mandatoris mandati esse diximus, quod mandatore mortuo res pertineret ad alias personas; quibus mandatarius non similiter officium exhibere voluit.

VIII. Sed dum morte mandatoris finietur mandatum, sicut in revocatione mandati, ita hic quoque hæc conditio est si mors mandatoris re integra seu integro mandato intervenerit. *d.* §. *item si adhuc, Institut. de mand.* Res integra hic accipienda est, quæ et mandanti integra est, et mandatario. Est autem mandatori integra, cum nihildum intervenit, cur mandator quod mandarat, non possit adhuc æque commode per se aut per alium exsequi. Quod si quid inchoavit mandatarius quod solus posset recte perficere, cœptam mandati executionem mors ejus non interrumpet, sed negotium heredes perficere debebunt. Id enim ita fieri mandatoris interest: et hactenus ex caussa mandati est directa mandati actio. *L. si procuratorem*, §. *mandati*, *D. mand.* quæ vivo mandatario mandatori semel quæsita, morte ejus non auferetur heredibus, sed transibit ad heredes. Mandatario res integra est, cum nihildum ei per caussam mandati abest. Quod si abesse cœperit, recte dixerimus rem et mandatum illi non esse integrum, a quo non possit si velit indemnis ut a principio discedere. Hæc vero res faciet, ut quanvis mortuo postea mandatore, mandatum tamen perseveret, id est in eo caussa sit, ut mandatarius possit et debeat mandatum exsequi, ut instituerat: nisi malint heredes occurrere, et in eo quod jam mandatario abesse cœperat, illum indemnem præstare. Ergo in persona mandatarii mandato adhuc non impleto (nam inpletum amplius non est) duobus modis res integra esse desinit, eoque et mandatum perseverat. Uno, si cum ad rem implendam sumptu aut profectione esset opus, is aut eum sumptum necessarium jam fecit, aut ita res suas composuit, ut necesse haberet proficisci. *L.* 5. in princip. *D. de cond. cau. dat.* Altero, si mandato suscepto ita cœpit teneri mandatarius ad aliquid præstandum, ut non possit eam præstationem vitare, si velit. Quod accidit fidejussori, qui mandatu debitoris pro eo fidejussit. Hic utcumque vetetur a mandatore suo solvere creditori, aut mandator decesserit, tenetur tamen creditori nihilominus. Quocirca et vetante mandatore, et mortuo recte solvet creditori, quanvis sciens, et mandati actionem habebit. Nam et heres ejus haberet, si solvisset eo mortuo. Quæ et vivo mandatore intelligenda sunt, si is revocet mandatum, et quæratur, an id fiat re mandatario integra.

IX. Ergo his casibus ut re non amplius integra, nec revocatione mandatoris, nec morte mandatum solvetur. Interdum etsi res sit integra, solvitur quidem his modis mandatum, an non mandati obligatio, et actio. Id accidit, cum mandatarius revocatum mandatum, aut mandatorem decessisse [4] ignorans mandatum implevit. Hic placuit mandati actionem ei dari, quanvis verum sit eum mandatum non implesse, quod finita voluntate, aut morte solutum erat. §. *item si*, *Institut. de mand. L. inter*, in princip. *D. mand.* Quomodo igitur in hac re mandati actio; cum non sit hæc actio nisi ex mandato; fateamur autem hanc tunc natam, cum nullum amplius esset mandatum? Agnoscunt veteres stricta juris ratione id fieri non posse: ideo utilitatis caussa receptum esse dicunt: ne quis forte hæc contraria esse existimet, quod mandatum solutum esse volunt, durare vero man-

4) Ita et Cujac. 8. *ad Afr. in L.* 34. §. 1. *h. t.* Loriot. *de Jur. Art. Tr.* 5. *de Morte Axiom.* 15. sic distinguit: Aut mandatum continet dominii translationem et vel mandans dominus fuit et morte exstinguitur mandatum, etiam inter ignorantes, ut in *d. L.* 41. *vers. quas vero*, *de reb. cred.* quia dominium heredi quæsitum ab eo invito non recedit *L.* 19. §. 1. *de I. dot.* Vel mandatarius est dominus, et non finitur *L.* 19. §. 3. *de don.* Priori autem casu, si sciens mortem, vel prohibentibus heredibus, transtulerit tamen, de eo tenetur *L.* 33. *in fi. de acq. pos.*, sin ignorans secus *d. L.* 19. §. 3. Aut aliud quid continet, et tunc licet mandatum exstinctum, inter ignorantes tamen durat actio *d. L.* 26. *pr.* et debitor solvens liberatur *d. L.* 41 *vers. si placebat*, *etc.* Si tamen universale fuerit, ut in institore, morte non interit *L.* 17. §. 2. *de instit. act.* ita Loriot.

mandati obligationem: hoc in *d.* §. *item si adhuc*, *Inst. de mand. L. inter*, *D. mand.* Receptum hoc autem utilitatis caussa ideo, ne probabilis ignorantia mandatario damnum adferat, ut est in *d.* §. *item si adhuc*. Et recte. Nulli enim officium suum debet esse damnosum. *L. si servus*, §. *quod vero*, *D. de furt.* Interim hoc tenent, semper mandatoris morte solvi mandatum re integra: etiam tunc cum postea per ignorantiam impletum est mandatum, etsi fatentur obligationem et actionem mandati hoc casu durare. *d. L. inter*, *L. si præcedente*, 58. in pr. *D. mand.*

X. Quæret ergo aliquis, quid prosit, cum dederis manere obligationem mandati, dicere mandatum nihilominus esse dissolutum? Plurimum. Effectus hic est, ut si quid per ignorantiam mandatarius fecerit mandati exsequendi caussa, dum ei eo nomine nihil absit, cujus persequendi caussa necesse sit illi actionem mandati dari, sciamus quidquid id erit, id ratum non haberi, nec heredibus mandantis nocere: utpote gestum non ex mandato, postquam id morte mandatoris solutum esse dicimus. Multa autem possunt incidere hujusmodi, quæ rata non esse intersit heredum mandatoris, et tamen cum irrita erunt, nihil intersit mandatarii. Atque hinc illa veterum. Dedi tibi pecuniam, ut eam Titio crederes. Si me mortuo credideris, quanvis me mortuum ignorans, pecuniam non transferes, eoque manebit et pecunia heredum, quam illi jure suo vindicent. *L. ejus*, vers. *quas vero*, *D. si cer. pet.* Non sane alia de caussa, quam quod non potuisti transferre nisi ex mandato: hic autem mandatum morte mea exstinctum est. Nec quidquam hic obstabit heredibus pecuniam suam vindicantibus, quod dicitur ei qui per ignorantiam post mortem mandatoris mandatum implevit, mandati actionem durare. Durat enim ad hoc, ne quid damni ob impletum per ignorantiam mandatum mandatarius patiatur. Nullum autem hic ejus damnum est, quod pecunias istas credidit, etsi hæ ab heredibus possidenti avocentur. Alienæ enim pecuniæ fuerunt, et eæ quibus accipiendi ablatis, nihil propterea ei mandatarius præstare debeat. Item, donaturus ego rem aliquam Titio, eam tibi dedi, ut ad Titium perferres. Placet, si prius mortuus sim quam ad Titium perferres, et postea perferas, nihil agi, nec pecuniam fieri accipientis, omninoque et rem integram servari meis heredibus. *L.* 2. §. *si pecuniam*, in fin. *D. de donat.* Eadem ista ratione videlicet, quia morte mea solutum sit mandatum, tu autem nisi ex voluntate mea et mandato transferre non potueris. Et præterea ob rem Titio avocatam nulla actione illi tenearis, quam ob caussam tu obligationem mandati tibi servari desideres. Hoc tamen favore dotis temperatum est in hac specie. Nam si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis eas dotis faceret, et ante nuptias decessero placet quidem mandatum summo jure finitum, nec jam eum cui res tradidi, dominium earum transferre posse jam factum heredis: sed tamen favore [5] dotium benignius esse necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit, aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso jure transferri; ne mulier maneat indotata. Hoc in *L. si ego*, 9. §. *si res. D. de jur. dot.*

XI. Ex mandatarii persona solvitur mandatum proprio jure quatuor modis, renuntiatione mandati tempestiva; sola voluntate renuntiandi interdum; justa omittendi mandati caussa interveniente; et morte mandatarii. Renuntiatione mandatarii solvitur mandatum, cum is mandatori mandatum renuntiavit, idest jussit eum habere sibi mandatum suum, significans se id exsequi non posse, aut nolle Hæc discedendi a mandato facultas mandatariis tributa. *L. si mandavero*, §. *ult. L. si quis alicui*, §. *qui mandatum*, *D. mand.* At hoc aperte præter exemplum cæterorum contractuum, qui similiter consensu fiunt, ut emptione venditione, locatione conductionem: a quibus placet neminem recedere posse ulla renuntiatione invito adversario. *L.* 3. *C. de resc. vend.* Pugnare etiam videtur cum illa definitione perpetui juris, semel constitutæ obligationi [6] renuntiare invi-

5) Ita DD. vulgo et Hotom. 2. *Amicab.* 38. Quod et ad pias caussas producunt et ubi favore ecclesiæ suadet, ut tunc morte mandantis non exspiret, Tiraq. *Priv. piæ caussæ* 82. *per Clem. extit* §. *in eo vero de V. S.* Bald. *Novel. de dote P.* 6. *Privil.* 52. *et seq.* Covar. 1. *Var. Resol.* 14. *n.* 15. *et seq.* Nec inepte. Tametsi A. Fab. 48. *Err. Pragm.* 4. non tantum extensionem hanc reiiciat, eo quod mortis eadem plane ratio sit quæ revocationis, qua tale mandatum finiri nemo negat, sed et ibid. *etc.* 8. *Conject.* 19. more suo in Tribonianum invehens eidem vers. *sed benignius d. L.* 9. §. 1. *de I. dot.* ceu juris rationi contrarium adscribat. Excipiunt et DD. mandatum quod non pèndet a mera voluntate mandantis, de quo post alios Ant. Massa Gales. *Tr. de Formul. Cam. oblig. P.* 2. *Quæst.* 2. *ad* 5. *particulam oblig. n.* 4.

6) Non renunciat constitutæ obligationi, quia non obligatus ad hoc, ut præcise impleret, sed disiunctim ut vel impleret vel tempestive renunciaret. Licet enim verba refragari videantur, tamen renunciatio ex æquitate *d. L.* 2. *de precar.* nascitur, cujus ratio præcipua bonæ fidei judiciis habetur Donnell. *ad L.* 11. *C. h. t. n.* 8. Non male Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 15. *n.* 4. sic: Salvis rebus pœnitere integrum, ne opera gratis promissa onerosa esse incipiat novo forte impedimento rei peragendæ objecto. Nec mandati actio dari potest, nisi quatenus interest *L.* 8. §. 6. *h. t.* At ubi res integra mandanti, nihil ejus interest. Quod si alius eo tempore suscepturus mandatum, qui commode perficeret ac per interventum suscipientis res deterior facta, utique actio erit.

vito adversario neminem posse. *L. sicut*, *C. de obligat. et act.* Admissum tamen in mandato propria quadam vi et natura mandati, quæ ut hoc ipsum mandatum suscipienti facere liceat, exigere intelligitur. Unde sumptum, cum de eo nihil cautum sit in mandato vel deferendo, vel suscipiendo? Non dubium, quin sumptum ex eo, quod mandatarius officium, et beneficium in mandato exsequendo mandatori præstat, ejusque offici caussa solius mandatum ab initio suscipit. *L. 1. §. ult. D. mand.* Sic lex est naturæ recepta in omnibus beneficiis et liberalitatibus nostris, quas in alium conferimus, ut tandiu possint alii liberalitate nostra uti, quandiu velimus: cum autem mutavimus voluntatem, liceat liberalitatem revocare. Lex usurpata ab Ulpiano in *L. 2. D. de prec.* Quam et ille ex naturæ æquitate esse dicit: et recte. Nam aliis hoc modo nihil detrahentes, interim quod nostrum est nobis integrum servamus sine cujusquam injuria. Quapropter ex hac lege, qui officium susceperat in mandato, is officii susceptionem revocabit, cum videbitur: quod faciet mandati renuntiatione. Tantum hic danda est opera, ne mandato suscepto per speciem officii mandatori noceamus. Eleganter enim Paulus de commodato revocando: *adjuvari quippe nos*, inquit, *non decipi beneficio oportet.* L. in commodato §. *sicut*, in fin. *D. com.* Ideo in hac renuntiatione mandati exigimus, ut qui renuntiat, tempestive idest eo tempore, cum qui mandavit, potest eamdem rem per se aut per alium æque commode exsequi. Quod si mandatarius tandiu exspectet, dum opportunitas rei gerendæ amissa sit, atque ita res perierit mandatori: tenebitur mandatori in id quod ejus interest: quam actionem nulla renuntiatione postea evitabit. Non enim debuit simulato officio commodis mandatoris obstare, ut cum illum exspectatione suscepti officii tenuisset, postea opportunitate gerendi amissa delusum destitueret: hæc ad istam sententiam ubique, ubi de hac renuntiatione agitur. §. *penult. Institut. de mand. d. L. si mandavero*, §. *ult. d. L. si quis alicui*, §. *qui mandatum*, *D. mand.*

XII. Sola voluntate renuntiandi interdum etiam mandatum solvitur: quod fit, cum mandatarius paratus renuntiare tempestive, casu aliquo prohibitus est, quominus posset: puta valetudine, hostium incursu, vi latronum, tempestate. *L. si quis alicui*, §. *qui mandatum*, *L. sane*, 23. *L. seu ob.* 25. *D. mand.* §. *penult. Institut. de mand.* At est hoc posterius, si per se spectetur multo magis adversus regulas superiores de distrahendis obligationibus, quam si quis mandatori mandatum renuntiet, ubi renuntiatione saltem munitus mandator potest sibi in tempore prospicere: quod qui renuntiationem nullam videt, facere non potest. Unde igitur sumptum, et tributum mandato? Efficitur ex jure renuntiandi mandati supra constituto. Nam si ei qui mandatum suscepit, licet mandatum rennntiare, et in hoc solum obligatur re integra, ut aut impleat mandatum, aut renuntiet: consequens est, si casu aliquo renuntiare non poterit, illum non teneri: certi enim juris est, casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari. *L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act. L. contractus*, in fin. *D. de reg. jur.*

XIII. Etiam sine alia renuntiatione, aut renuntiandi voluntate, interdum omittendi mandati justa [7] caussa est: qua interveniente placet solvi mandatum. Ea caussa est, quæ facit, ut quanvis mandatarius possit mandatum renuntiare, tamen non necesse habeat, sufficiatque hæc sola caussa, ut mandatum ipso jure finiatur. Caussæ in hac re statuuntur a veteribus duæ inimicitiæ capitales; et inanes rei actiones: sic enim hæ proponuntur in *L. sane*, 23. *et L. seqq. mand.* Inimicitias capitales dicunt, quæ abortæ sint inter mandatorem et eum qui mandatum suscepit. Inanes autem rei actiones sic accipere debemus, actiones mandatarii, quæ de re in caussam mandati ab eo impensa si quid forte impenderet, competituræ sint; sed ita, ut illi inanes sint futuræ. Quod tunc accidit, cum mandator solvendo non est. Nulla enim videtur esse actio, quæ propter inopiam adversarii est inanis. *L. 6. D. de dolo.* Ita in summa, hæc caussa inanium actionum omittendi mandati caussam etiam sine ulla renuntiatione esse mandatario, si mandator solvendo non sit. Cæterum et hæc caussa, et superior illa inimicitiarum ideo justæ caussæ sunt omittendi mandati, quia natura mandati tacita quadam lege sic exigere videtur mandati curam ab eo qui suscepit, ut simul et ei cum mandatum implerit, cautum esse possit, ne sit illi officium suum damnosum, *L. ex mandato* 20. in princ. *D. mand. L. si servus.* §. *quod vero*, *D. de furt.* ut si cautum esse non possit, nulla sit necessitas mandati imple-

7) Et sic præsumpta voluntate renunciandi, vid. Benv. Stracha *de Merc. Li. de Decoctor. P. 3. n. 50. et seq.*

plendi. Jam vero si mandator solvendo non est, quidquid mandatarius impenderit mandati caussa, illi perierit. Sed etsi res illi erit cum inimico capitali, præterquam quod credibile est jam mandatorem hujus opera uti nolle; tam vero si quid hic impenderit, aut ille non solvet, aut necesse erit cum illo contendere: quod cum inimico facere et periculi plenum est, et turpe.

XIV. Morte [8] quoque mandatarii similiter ut mandatoris mandatum intercidit, eadem illa conditione, si mors intervenerit re integra. *L. si quis alicui*, §. *morte*, *D. mand.* §. *item si adhuc*, *Institut. de mand.* Et hoc rursum adversus regulas communes certas juris de hereditariis actionibus. Constat enim mandatarium dum vivit, obligari, ut aut mandatum susceptum impleat, aut tempestive renuntiet, ut ante diximus, *d. L. si mandavero*, §. *ult. L. si quis alicui*, §. *qui mandatum*, *D. mand.* Sic autem regula juris est, ex contractibus venientes actiones in heredes transire. *L. ex contractibus*, *D. de obligat. et act.* quod nihil aliud est, quam heredes eadem obligatione et actione teneri. Cui consequens erat, ut et hic tenerentur eodem modo mandatarii heredes, neque obligatio morte obligati intercideret. Qui fit igitur, ut et hac parte proprium jus in mandato solvendo sit constitutum? Sumptum et hoc ex natura mandati: in quo ut est id quod quæritur in mandato, ita hoc ipsum agi intelligitur. In mandato id quæritur, ut sit qui nostro mandatu quid gerat, et recte gerat. Quam ad rem constat a nobis certam [9] personam eligi, cui recte committamus: proinde et in persona fidem atque industriam rei gerendæ convenientem: nonnunquam et amicitiam, a qua beneficium accipere non gravemur. Sic est hæc electio personæ omnis, ut sit personalis; quia nemo aliis facile idem committeret, aut non ea fide et diligentia præditis, aut non ita erga nos affectis, interdum nec talibus, ut velimus iis quidquam debere. In quo numero sunt maxime ejus, cui negotium commissum est, heredes: ut plurimum mandatori ignoti. Eo recte comparatum est, ut administratio omnis electæ personæ commissa tanquam personæ cohærens, una cum ea persona finiatur. Significatur hæc ratio in *L. mandatum*, 57. in fin. *D. mand.* explicatur pluribus in *L. cujus*, *D. de cur. fur.* expressa est in *C. ult. ex de offi. et pot. jud. del.* Sed hic, ut dixi, eadem illa conditio est, quæ in mandatore, si mors mandatarii intervenerit re integra. Dixi ante, quæ esset res integra. Qua ex definitione intelligemus, si quid mandatario vivo per caussam mandati abesse cœperit ita, ut reliquum mandatum perficere necesse haberet, deinde moriatur: mandatum non finiri, sed heredes reliquum implere debere, et cum exsecuti fuerint, mandati actionem habituros. Exemplo erit fidejussor unus pro omnibus. Fidejussor mandatu debitoris fidejubet. Is etsi non statim solvit nomine debitoris: sic tamen ad id obligatur, ut solvere necesse habeat, si debitor non solvit: ut jam non sit ei integrum non præstare, quod ex hac caussa debeat. Finge ergo prius eum decessisse, quam solveret. Dicemus heredem ejus si solverit, habere mandati actionem: idque ita scriptum est in *L. heredem*, 14. *D. mand.* Atqui mandatum morte ejus qui mandatum suscepit, solvitur. Sed non si is decessit, cum jam desiisset illi res esse integra. Quod accidit fidejussori simul atque fidejussit, quandocunque decesserit postea.

XV. Non hic quærimus, an mandatarii heredes mandati actionem habeant, si forte ignorantes mandatarium decessisse mandatum exsecuti sint: quoniam mandatarium decessisse ignorare non possunt. Nam si extranei sunt, non aliter fiunt heredes, quam si sciant eum de cujus bonis agitur, obiisse, et se ei heredes esse. §. *item extraneus*, *Inst. de her. qual. et diff.* Si sui, aut necessarii, non possunt gerere ut heredes, nisi et prius se heredes factos cognoverint. Quid si heredes mandatarii ultro aut per ignorantiam juris, dum se mandato teneri putant, aut bonam fidem secuti id exsequantur postea, quod curæ defuncti commissum erat? Respondebimus, cum defuncti morte mandatum exstinctum sit, neque his mandati actionem esse eo nomine, neque eo facto mandatori nocere; nisi ad hoc forte, ut si quid ex caussa ejus mandati vendiderint, possint emptores iidemque boni fidei possessores rem usu capere. Quod tamen his non propter mandatum præcedens, sed propter justam possessionem suam contingit. In hanc sententiam exstat dignum animadversione responsum Papiniani in *L. mandatum*, 57. *D. mand.* quod quia vitiose le-

8) Item status mutatione sive capitis minutione mandatarii, de quo vid. Vasq. 2. *Contr. usu freq*, 22.

9) Videtur igitur hoc actum ab initio, ut in persona ejus consisteret. Et quid si plures heredes? Pluribus committere periculosum, uni præ ceteris illi onerosum, Donell. *ad L.* 15. *C. h. t. n.* 9.

legitur cum in Pandectis Florentinis tum in aliis exemplaribus, et per se est obscurum, eaque obscuritas non involvit tantum Accursium, sed et Antonium Augustinum tenuit, ut putaret priora cum posterioribus non cohærere; putavi hoc loco mihi attingendum, ut prius explicaretur. Proponitur quæstio de venaliciario, qui quia abesse cogebatur, dedit alicui servos quosdam suos distrahendos. In quo inest mandatum, ut servi distrahantur. Est autem venaliciarius, qui mancipia emit et vendit, eamque tanquam negotiationem exercet, qui et latinis dicitur mango. *L. præcipiunt*, in fin. *D. de æd. ed. L. mercis appellatione, D. de verb. signif.* Putemus hoc idem quæri de omnibus mercatoribus, et aliis mandatoribus, qui aliquid suum distrahendum mandent. Is ergo venaliciarius servos commiserat Titio, et mandarat, ut venderet. Defuncto qui mandatum susceperat Titio, heredes ejus errore lapsi, dum scilicet se eodem mandato teneri putant, aut sibi hic idem licere quod defuncto; non animo furandi (alioqui furtum facerent, nec res furtiva posset postea ab emptoribus usucapi. §. *furtivæ*, *Instit. de usuc.* sed exsequendi quod defunctus curæ suæ fecerat, servos vendiderunt. Mandatum morte ejus qui mandatum suscepit, intercidisse constabat. Sed quoniam heredes errore servos vendiderant, quærebatur, an eo facto aliquid venaliciario nocuissent. Respondet Papinianus, hactenus eos venaliciario nocere potuisse, ut emptores bona fide tanquam a dominis accipientes servos usucapere possent. Ideo placere, si hi servi justo tempore possessi essent, ab emptoribus usucaptos videri. *Sed venaliciarum ex provincia reversum* (intellige cum Accursio, servis venditis nondum usucaptis) *Publiciana actione* [10] *non inutiliter acturum*, id est servos tanquam a se prius bona fide possessos Publiciana vindicaturum, et ablaturum emptoribus. Est enim Publiciana, actio in rem, quæ bonæ fidei possessori datur tanquam de re sua. §. *namque*, *Institut. de act.* In Pandectis Florentinis legitur *non utiliter* negative: ac propemodum hæc quoque vulgata lectio est. Multi notarunt in veteribus quibusdam exemplaribus se invenisse non inutiliter. Laboraremus, vel potius sine controversia sequeremur hic magis Florentinam et eam vulgarem scripturam, nisi ipse Papinianus ratione subjecta quid hic scripsisset, planum faceret. Nunc autem ea ratio ab illo subjecta est, quæ evidenter demonstret hoc illum dicere, venaliciarum reversum recte et utiliter Publiciana acturum. Ratio enim hæc est, quod error heredum non debeat venaliciario nocere. Noceret autem, si venaliciarius non utiliter ageret. Subjicit ergo Papinianus, quod paulo pluribus hanc sententiam exprimit: obscurius quidem, sed tamen hanc ipsam, estque hæc sententia eorum verborum quæ sequuntur. Diceret enim aliquis venalitiarium hunc reversum Publiciana non inutiliter acturum. Nam Publiciana actio nulli quantumvis bona fide possessionem nacto, adversus dominum competit: certe adversus eum qui agat, exceptio justi dominii domino possidenti datur. *L. penul. L. ultim. D. de Publ.* At in proposito emptores, qui ab heredibus mandatarii emerant, venditione domini facti sunt; quia heredes mandati exsequendi caussa bona fide servos vendiderunt. Non ergo potest venalitiarius in proposito de his servis Publiciana agere utiliter; ubi futurum sit, ut exceptione justi dominii emptoribus quæsiti summoveatur. Huic objectioni occurrit deinceps Papinianus hoc modo. Exceptio justi dominii adversus Publicianam datur: ita est; sed datur caussa cognita: idest ut ad institutum Papiniani accommodetur, datur non omni qui se justum dominum dicit, sed ei qui et vere justus dominus sit, de quo et judici diligenter cognoscendum est. Nunc autem cessat hæc caussa in proposito. Emptores enim isti domini servorum facti non sunt. Emerunt enim ab iis qui domini non erant: et emerunt non ex domini mandato: quoniam id mandatum morte domini finitum erat. Nec eo defendi debent, quod qui vendiderunt her-

10) Sic quoque emendat Zoanet. *Rest. ad D. C.* 18. qui tamen non accipit *d. L.* 57. de intentata Publiciana ante impletam usucapionem, sed eo casu exceptionem veri dominii, usucapione quæsiti, non admitti ob subjectam rationem. Rob. 2. *Rec. Lect.* 16. ita receptam lectionem tuetur, ut venalitiarium intelligat, cum Accursio (ut et Connan. 7. *Comm.* 14. *n.* 12.) non mandantem, sed emptorem. Et ponit casum quo servi venditi mangoni seu venalitiario. Eo deinde absente mandantem possessionem recepisse. Quæritur, An Publiciana illi emptori detur contra mandantem. Ratio dub. Venditio facta voluntate mandantis, ideoque dominium translatum. Ratio decid. Morte exstinctum mandatum, nec ob heredum imperitiam damno afficiendus qui mandaverat. Ita Rob. qui et ad object. Zoan. Venalitiarius est qui servos vendit, resp. Recte. At quomodo venditurus nisi prius ab aliis emptos. Sed huic interpretationi resistunt (1) Verba pluralis numeri, *ab emptoribus*, a quo non probabile est ita statim transitum fieri ad singularem. (2) Mera divinatio est, emptore, qui usucapionem impleverat, absente possessionem fuisse arreptam a mandante, nec de eo quidquam in textu. (3) Falsa fiet decisio. Nam si usucepit, verus est dominus emptor, tantum abest ut contra eum agentem mandans exceptionem dominii, jam amissi, objicere possit. Meliori et nova ratione, citraque ullam divinationem mihi salvari videtur recepta lectio, ita: Venalitiarium, qui mandaverat, non agere utiliter, ratione proxime subjecta, quæ non removet objectionem, sed est caussa decid. quia scilicet usuceperunt emptores. Sed in vers. *neque oporteat.* removetur dubium, ita: Non ideo hoc modo eveniet ut in damno constituatur mandans, siquidem quod ei abest, persequi ipsi licet contra hæredes mandatarii.

heredes, errore se domini voluntate dominium transferre putaverunt: *quoniam*, inquit Papinianus, *non oportet eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno.*

CAP. XXIV.

Quibus modis societas dissolvatur.

Continuatio. Societas dissolvitur tribus modis. I.

1. *Morte unius ex sociis. Ad quos talis dissolutio pertineat.* II. III. V.

Exceptio. IV.

Morte non naturali dumtaxat, sed et civili. Hæc duplex, et quæ. VI.

2. *Amissione bonorum unius. Amittuntur illa quatuor modis. Quinam sint.* VII. VIII.

Voluntate veteri et nova: illa si sit societas, aut ad tempus, aut certi negotii; et quatenus. IX.

Hac, vel aperta vel tacita. X.

Aperta; *renuntiatione unius aperte declarata, et qualiter.* XI.

Ratio. XII.

Renuntiatio quas cautiones habere debeat. Et quid cum eæ desunt. XIII.

Tacita; *factis testata quæ discedendi a societate voluntatem arguunt, et his tribus.* XIV.

1. *Novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta.* XV.

2. *Judicio pro socio ab uno ex his instituto in privata societate.* XVI.

Secus in societate vectigalium. XVII.

3. *Privata secessione sociorum.* XVIII.

Modos omnes dirimendæ societatis una ad distrahendum voluntate sociorum contineri, et quatenus. XIX.

Nuptiæ, genus societatis; eæque quomodo dissolvantur. XX.

I. Et societas suo quodam proprio jure solvitur. Consistit societas omnis ex personis sociorum; ex rebus, quarum caussa societas contrahitur; et sociorum consensu. Eo fit, ut iisdem rebus in contrarium versis distrahatur societas, sed proprio quodam suo jure conveniente naturæ contractus. Hinc si genera summa sequimur, dissolvitur societas [1] tribus his summis modis; A personis, morte unius ex sociis; A rebus, bonorum unius ex sociis amissione; A consensu, sola unius ex sociis voluntate. Ac possunt horum generum singulorum species esse plures. Genera certe non sunt plura quam hæc tria, quibus societas dissolvatur.

II. Morte unius ex sociis solvi societatem constat. *L. verum*, §. *ult. L. actione*, §. *morte*, *D. pro soc.* §. *solvitur*, *Institut. de societ.* Hoc quoque genus distrahendæ obligationis proprium societatis, ab illoc communi jure recedens, quo placet heredem in eamdem obligationem et idem jus cum defuncto succedere. §. *ult. Instit. de loc. et cond. L. qui in jus*, *D. de reg. jur.* Sed amissum hoc in societate eadem hujus contractus natura, et ratione, qua in mandato placet similiter morte ejus qui mandatum suscepit, mandatum dissolvi: quod ut mandator in negotio mandando personam certam eligit, cui mandet: sic et in societate socius [2] certam cum qua velit sibi rerum atque operæ et diligentiæ esse communionem redditurque diserte hæc ratio in §. *solvitur*, *Institut. de soc.* Et recte: nam, ut dixi in mandato, omnis personæ electio, cujus fidem, et industriam sequimur ad res ali-

1) Vult. *in* §. *manet* 4. *I. h. t.* Modi hi peculiares, ait, sumuntur ex 4. fundamentis. Personis, Rebus, Voluntate, Actione. Donell. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 2. *et seqq.* ita: Dissolvitur aut nova voluntate aut fine ea casu. Voluntate autem non tantum omnium, sed et unius solius. Casu aut tempore, si ad tempus contracta, aut morte aut amissione; add. Duar. *ad h. t. D. C.* 3. Gomez. 2. *Resol.* 5. Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 12. *et seqq.* Petr. de Ubaldis *Tr. de Societ. P.* 11.

2) Quæ ratio et vulgo redditur, vid. Valasc. *To.* 1. *Consult.* 63. *n.* 4. Mozz. *de Societ. Col.* 4. *de Naturalibus n.* 2. *et seqq.* Henning. Goden. *Cons.* 86. *n.* 2. Furore autem superveniente non dissolvitur *L. ult. C. h. t.* Atqui eadem dissolutionis ratio, quia fides personæ electa resp. Sed spes est ad sanitatem correptum perduci posse. Curator autem furiosi potest societati renunciare ex Justiniani constitutione *d. L. ult.* ubi vid. Donell.

aliquas gerendas, personæ electi cohæret; ut merito non egrediatur personam, eoque nec transeat ad heredes.

III. Morte socii societatem solvi cum dicimus, id intelligi volumus, quod verba significant; non solvi tantum defuncto, ejusque heredibus; sed dissolvi in totum, id est etiam reliquis sociis, si forte plures erunt, quam duo. Morte quidem socii ita solvi societatem, ut solvatur ejus heredi, non dubitatur. Idque est, quod traditur, mortuo socio heredem in societatem non succedere, item socii heredem socium non esse. *L. adeo*, *L. verum*, §. *in heredem*, *D. mand.* Quod non eo pertinet, ut heres socii non teneatur actione pro socio: tenetur enim, ut bonam fidem præstet, et acti etiam culpam, quam is præstaret, in cujus locum successit. *L. nemo*, 35. et *L. seq. D. pro soc.* Sed hoc significat heredem neque socium esse: neque in ullam partem commodi aut incommodi quod ex ea societate esse possit in reliquum tempus vocari. Adeoque id visum est societatis naturæ convenire, ut placeat nec ab initio pacisci nos posse, ut [3] heres in societatem succedat. *L. adeo*, *D. mand.* At obstat edictum de pactis, quo prætor generaliter pollicetur se pacta, quæ neque dolo malo, neque contra jus facta sint, servaturum. *L. jurisgentium*, §. *ait*, *D. de pact.* Quod jus si ullo in genere contractuum servandum est, maxime valere oportet in contractibus bonæ fidei, qualis est societas; cum nihil magis congruat bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, servari. *L. ex empto*, in princip. *D. de act. empt.* *L.* I. in princ. *D. de pact.* Sed cum excipiantur eodem edicto ea pacta, quæ contra jus facta sint, satis et hoc pactum de herede in societatem admittendo excipitur. Est enim et ipsum contra regulas juris, quo forma societati data est, placetque ut in conjunctione et veluti fraternitate voluntaria contra naturam rei esse, quemquam ex sociis socium effici ei [4] cui non vult: quod fieret, si efficeretur socius heredi, quem nunc non admitteret: nec alia redditur hujus juris ratio in *L. actione*, §. *societas*, *D. pro soc.* Sed quam sit hoc pactum contra naturam societatis, quam ob caussam et repudiatum sit, magis intelligetur ex iis, quæ de renuntiatione dicemus.

IV. Exceptæ tamen hoc loco societates vectigalium, et aliorum publicorum inter publicanos; in quibus hoc observatur, ut si heres fuerit adscitus, ut est in *L. verum*, §. *in heredem*, *mand.* vel ut est in *L. adeo*, *eod. tit.* si pars socii defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit; nihilominus [5] maneat societas et post mortem unius ex sociis: si modo non is sit mortuus, propter cujus operam maxime societas coita sit, aut sine quo societas administrari non possit: hoc in *d. L. adeo*, *d. L. verum*, §. *in heredem*, *D. mand.* Jus receptum inter publicanos, cum propter necessitatem societatis inter eos retinendæ; tum propter utilitatem publicam, quia sine his societatibus aut non facile ulli accessuri sint ad publica conducenda, aut cum accesserint, non facile publica tueri possint.

V. Est ergo, ut dixi, minus dubium, societatem unius socii morte ita solvi, ut solvatur ejus heredi, quo ne in societatem succedat. Sed amplius dicimus, morte unius ita solvi societatem, ut solvatur tota, id est etiam cæteris sociis, qui forte plures supersint, etsi omnium consensu societas coita sit. *L. actione*, §. *morte*, *D. mand.* Sed cum unius morte ideo solvatur societas, quia is mortuus est; cur cum cæteri vivant, non saltem inter eos contraria de caussa retinetur societas? Quia socii plures sic inter se societatem coeunt, ut alii coeant propter alios, dum omnes singulorum fidem et industriam eligunt, res et facultates sequantur. Ut proinde vel unius opera et industria sublata in societate amplius manere nolint. Plane si ita societas contracta sit inter plures, ut uno mortuo nihilominus inter eos qui supererunt, maneat societas, nihil prohibet, quominus inter vivos et consentientes rata sit conventio. *d. L. actione*, §. *morte*, *mand.*

VI. Mortem cum hic nominamus, etiam eos casus accipere debemus, qui jure civili mortui comparantur: cujus generis sunt duo, servitus et deportatio. De servitute quidem ita traditur regula juris servitutem mortalitati

3) *L.* 35. *h.* t. vid. Forst. *de Pact.* 6. *p.* 194. *et seq.* Heredes tamen posse constringi ut post mortem in societate ad certum tempus coita perseverent, Valasc. *d. Cons.* 63. *circa fi.* Thoming. *Decis.* 13.

4) Alia ratio Cujac. 10. *Obs.* 15. quia aut convenit ut cum filio meo vel fratre ex. gr. herede continuetur, et non valet, quia constringeret libertatem testandi. Aut cum herede indefinite, et irrita pactio, quia societas conferretur in incertam personam. Ergo per §. 5. *I. h. t.* Quando autem, censeatur ab herede continuata vel renovata *L.* 37. *h. t.* vid. Jo. Gutierez. *de Juram. confirmat.* *P.* 1. *C.* 48. *n.* 2. *et* 3. Valasc. *To.* 1. *Cons.* 63. *n.* 8. *et seqq.*

5) Et ita hoc speciale, non ne morte omnino finiatur, sed ne tunc, quando ita conventum est, Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 16. Valasc. *d. Cons.* 63. *n.* 5. vid. Cujac. 10. *Obs.* 25. Baptista de Hieronymis *Cons.* 2. subjecto. *Tr. Mozz. de Societ.* Sic et exceptio traditur esse in fœderibns caussam publicam concernentibus. Alb. Gentil. *Lib. de Jure belli Cap.* 22. Warem de Erenb. *Modi, tam pro fœderibus Lib.* 2. *Cap.* 2. *pag.* 195.

ti comparari. *L. servitutem*, *D. de reg. jur.* De deportatis autem ita in *L.* 1. §. *penultim. D. de bon. pos. cont. tab*, deportatos mortuorum loco habemus. Scilicet quia et servi, et deportati tanquam omnino non sint, ita in numero civium Romanorum non habentur. §. *cum autem*, *Institut. quib. mod. jus pat. p. sol.* Faciamus igitur socium redactum in servitutem quod quibus modis accidat, declaratur *Institut. de cap. demi.* in princip. aut damnatione deportatum in insulam. Intelligemus et his modis non aliter quam socii morte solutam esse societatem. Idque est quod dicitur in *L. verum*, §. *ult. D. pro soc.* in solvenda ex personis societate interire socios non tantum morte, se et maxima aut media capitis deminutione. Nam et maxima capitis deminutio est, qua quis ex libero fit servus, ut simul et libertatem et civitatem amittat: et media, qua quis libertatem retinens deportatur in insulam, atque hoc modo libertate salva civitatem amittit. *Institut. de cap. dem. L. ult. D. eod. tit.* Quamquam sociis servis factis aut deportatis etiam alia ratione societas solvitur, eo scilicet quod et hi eodem casu bona amittunt: ut et hæc ipsa societatis ex istis caussis dissolutio non minus ad sequens genus pertineat.

VII. Ut a personis interitu unius ex sociis; sic a rebus amissione omnium bonorum unius ex sociis tota societas solvitur. Cum enim societas contrahatur bonorum in commune quærendorum caussa; non magis his sublatis locus esse societati potest, quam persona sublata. Neque hoc interest, quomodo socii bona amittantur: sed quæcumque hæc amissio est, eamdem solutionem efficit.

VIII. Amittuntur bona his modis; servitute, cessione bonorum, publicatione. Servitute, ut quisque ex libero fit servus; ut cum libertus ob ingratitudinem revocatur in servitutem, aut liber homo ad pretium participandum sese venundari passus est. *Institut. de cap. dem.* in prin. Sic enim transeunt omnia bona ad dominum: servus habere desinit, quia servus suum habere nihil potest, §. *item vobis*, *Inst. per quas pers.* Et hoc modo solvi societatem ex eo intelligimus, quod dicitur societas solvi maxima capitis deminutione, *d. L. verum*, §. *ult.* Nam ista in servitutem redactio ex hoc genere est. Cessione bonorum [6] amittuntur debitoris bona, cum cessione ab eo facta bona creditoribus distracta sunt. *L.* 3. *D. de cess. bo.* At tum etiam cessione societatem dirimi placet. §. *item si quis*, *Institut. de soc. L. actione*, in princip. *D. pro soc.* Ea autem dissolvendæ societatis ratio est, quam Modestinus egestatem vocat in *L.* 4. *D. eod.* ubi egestatem extremam intelligit, cum quis quia solvendo non erat, bonis suis cedere creditoribus coactus est. Publicatione amitti bona ipsum publicationis verbum satis indicat. Dicuntur enim publicari damnatorum bona, quæ damnatione in fiscum rediguntur, seu quæ damnato ablata vindicantur fisco. *L. actione*, §. *publicatione*, *D. pro soc. L. ult.* in princ. et §. 1. *D. de bon. eor. qui ante sent. mor. sibi cons.* Appellatio hinc nata, quod quæ sunt fisci, ea sunt publica: Sunt enim in pecunia et patrimonio populi. *L. inter*, *D. de ver. sig. L.* 6. in pr. *D. de cond. empt.* ut proinde quæ rediguntur in fiscum, recte dicantur fieri publica, et uno verbo publicari. Quamobrem et [7] publicatione distrahi societatem placet. *d. L. actione*, §. *publicatione*, *pro soc.* Jam vero publicantur damnati bona ex his duabus caussis; si aut damnatione fiat servus, ut olim qui damnabantur in metallum, fiebantque servi pœnæ: aut deportatur in insulam. *L.* 1. *D. de bon. damn.* Atque harum damnationum ex priore contingit maxima capitis deminutio, ex posteriore media. Unde rursum factum est, ut quoniam his modis publicantur bona socii, et publicatione societatem distrahi constat, recte dicatur societas distrahi capitis deminutione maxima et media: quæ hanc publicationem irrogat. *d. L. verum*, §. *ult.* Non amittuntur bona capitis deminutione minima, puta si quis paterfamilias sit arrogatus. Sic enim bona ejus transeunt ad patrem arrogatorem, ut non transeat ususfructus, non peculium castrense aut quasi castrense. Sed et cætera ad patrem arrogatorem ita transeunt, ut magis ab eo conserventur, ac mortuo eo ad fiscum redeant. Multo minus amittit bona filiusfamilias emancipatione; qua potius consequitur acquirendi facultatem. Merito igitur placuit nec socii arrogatione, nec emancipatione societatem dirimi: quod diserte traditum est in *L. actione*, §. *societas. D. pro soc.* Itaque quod scriptum est in *L.* 4. *pro soc.* dissociari nos renuntiatione, morte, ca-

6) Vid. Benvenut. Straccha *Tract. de Decoctoribus P.* 3. *n.* 47. *et seq.*

7) Quod Vult. *in* §. 4, *L. h. t. n.* 7. intelligit de ea, quæ sine delicto fit, ex alia justa caussa ut *L.* 15. §. 1. *de R. V.* quia quæ ex delicto ad prius genus pertinet.

capitis deminutione, egestate; capitis deminutionem maximam, et mediam accipere debemus, ut expressum est in *L. verum*, §. *ultim. pro soc.* non autem minimam, quæ aperte rejicitur in *d. L. actione*, §. *societas.* Et si aliud [8] sensit is qui sub nomine Caji legitur *Lib.* 2. *Institut. titu. de oblig.* aut Harmenopulus *Lib.* 3. *titu.* 10. imperite ut alia multa scripserunt.

IX. Personis et rebus sociorum integris, distrahitur societas sola socii voluntate multoque magis omnium sociorum consensu, *d. L. verum*, §. *ult. pro soc.* Solvitur hoc modo societas et vetere voluntate, et nova. Veterem voluntatem voco, quæ ipsa societatis lege et pacto jam ab initio inclusa est consensu sociorum. Cujusmodi societates duæ sunt; quæ ad certum tempus contracta est, et quæ certi negotii caussa. Societate ad tempus contracta, aperte dies adjicitur, ne post id tempus [9] sit societas. Quare et cum id tempus finitum erit, liberum erit recedere, ut est in *L. actione*, §. *item qui societatem*, *D. pro soc.* Liberum ideo, quia et ipso jure finita est societas ipso societatis consensu: nam et tutela ad tempus constituta, exacto eo tempore finitur. §. *sed si usque*, *Instit. quib. mod. tut. fini.* Scriptum quidem est in *L. obligationum fere*, in princ. *D. de obligat. et actionib.* obligationem ad tempus constitui non posse, quin et post tempus duret, etsi stipulator post tempus petendo exceptione pacti conventi, vel doli mali summoveri possit. Sed hoc de die stipulationi, et judiciis stricti juris adjecto dictum est. Alia caussa est contractuum bonæ fidei, ex quibus obligatione ad diem constituta etsi quis dixerit exceptionem tantum hic quoque post tempus nasci: tamen hoc ipso dicit debitorem ipso jure liberari: quia exceptiones ipso jure bonæ fidei judiciis insunt, quod cum fit, ipso jure obligatio dissolvitur. *L.* 3. *D. de rescind. vend. arg. in L. qui decem*, in fin. princ. Sed et cum alicujus certæ rei societas contrahitur; perspicuum est extra id quod agitur, id est extra eam rem non contrahi. *arg. L. non omnis D. si cert. pet.* Ideo recte placet ipsa societatis lege societatem finiri, cum finis ei negotio impositus est. *L. actione*, §. *item si alicujus*, *D. mand.* §. *item si alicujus*, *Inst. de soc.*

X. Novam voluntatem distrahendæ societatis voco, quæ societatem recte et simpliciter contractam sequitur. Etiam hac voluntate quanvis non omnium sociorum, sed unius dumtaxat, tota societas solvitur: idque et aperta et tacita voluntate.

XI. Aperta a societate discedendi voluntas est in socii renuntiatione, cum verbis aut scripto, aut per nuntium significat se renuntiare societati, aut quod idem valet se renuntiare sociis societatem. Hac renuntiatione ut [10] aperta voluntate maxime solvi societatem constat. *L. verum*, §. *ultim. D. pro soc.* §. *manet. Instit. de soc.* Ex quo intelligitur, hic quoque ut in mandato singulare jus esse solvendæ obligationis: ubi uni jus est renuntiare constitutæ obligationi invitis cæteris, contra regulas communes juris de dissolvendis obligationibus. *L. sicut*, *C. de obligatio. et actionib.* *L.* 3. *C. de rescinden. vendit.* *L. ab emptione*, *D. de pact.*

XII. Sed et hoc admissum est in societate ex natura ipsius societatis, quasi hoc ipso quod societas est, agatur, ne quis in societate cogatur manere invitus: idque in hac specie multo justius admissum, quam in mandato. Nam hic ut voluntate unius ex sociis discedere a societate liceat, duo faciunt societatis propria, eaque ipsa per se singula; conjunctio societatis, et mutuum officium societate quæsitum. Ipsa societas conjunctio est et summa: usque adeo, ut et putetur jus quodammodo fraternitatis in se habere. *L. verum*, in princip. *D. pro soc.* Proinde societati contraria omnia, quæ solent parere discordias. Atqui hujusmodi res est communio quam ab invito exigas. *L. cum pater*, §. *dulcissimis*, *D. de legat.* 2. Quam ob caussam etiam recte visum est neminem cogendum ad communionem. *L. si non sortem*, §. *si centum*, *D. de cond. indeb.* Quare repugnat societatis naturæ, cogi quemquam in societate manere invitum, et eum socium, id est, tanquam alterum fratrem ex consensu habere, quem nolit. Unde dictum, neminem invitum socium effici debere ei, cui non vult. *L. actione*, §. *societas*, *pro soc.* Sed et societas omnis, si conjunctionem superiorem non haberet, tamen contrahitur inter socios officii et operæ mutuo communicandæ caussa ad quæstum uberiorem faciendum. Itaque omnis socius officium socio præstat, et a socio accipit. Si præstat, regula naturæ facit,

8) Non dissentit, quia tantum indefinite loquitur, pariter ac Modestinus *in dict. Leg.* 4. §. 1. Cur emancipatio et arrogatio non dissocient, belle Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 14. *et seq.*

9) Quando autem post tempus renovata censeatur, tractat Menoch. 3. *Præsum.* 57.

10) Expedit autem hanc voluntatem publice denunciare aliquo proclamante vel edictis in locis publicis, ut in notitiam eorum veniat, qui cum sociorum altero contracturi animo omnes sibi socios obligandi, Fac. *L.* 11. §. 2. *de instit. act.* Gomez. 2. *Var. Resol.* 5. *n.* 6.

cit, ut possit liberalitatem revocare cum videtur, idque sine injuria. *L. 2. D. de prec.* Si accipit: tanto magis potest repudiare: quoniam invito beneficium non datur. *L. invito, D. de regul. jur.* Bene igitur, et naturæ contractus ac sententiæ contrahentium convenienter constitutum est, ut a societate quoque vel unius ex sociis renuntiatione recedere liceat invitis cæteris: atque hoc remoto, una etiam tota societas dissolvatur. Adeoque id visum est ex natura esse societatis, ut quanvis convenerit ne a societate recedere liceret, nihilominus liceat contempta pactione, si nihil aliud sit impedimento. Hoc enim est, quod dicitur nullam in æternum societatis coitionem esse. *L. nulla, D. pro soc.* Nulla est ideo, quia nemo sociorum impeditur hac pactione, quominus a societate cum visum est discedatur. Ne quis hic objiciat edictum de pactis, quo placet pacta servanda esse; valetque id jus maxime in bonæ fidei judiciis, *L. jurisgentium, §. ait, D. de pact. L. ex empto*, in princip. *D. de act. em.* Sic enim servanda sunt ex eo edicto, nisi sint contra leges. At superior pactio societati adjecta est contra naturam societatis, et fraternitatis ejus, quam in societate quærimus. Proinde contra legem, quæ hanc societati formam dedit, aut a natura rei acceptam confirmavit. At enim Paulus qui scripsit nullam societatis in æternum coitionem esse in *d. L. nulla*, idem, ut refertur in *L. 1. D. eod. tit.* scribit societatem etiam in perpetuum coiri posse, ac non tantum ad tempus. Ubi cum perpetuum opponat rei tempore definitæ, satis declarat se perpetuum intelligere, non donec socii vivant, ut Accursius interpretatur, nam et hoc est ad tempus, sed quod sit sine ulla præfinitione temporis, et ut supra dixerat, æternum. Sed recte et hæc, nec minus consentanee inter se: verum diverso sensu. Atque hoc modo accipienda sunt. Societas in perpetuum coiri potest: nempe ut valeat, et tandiu perseveret, donec justis modis dissolvatur. Eadem in æternum, seu in perpetuum coiri non potest; sic accipe, ut invitos socios necesse sit in ea manere. Licet enim et in hac pactione rejecta a societate discedere.

XIII. Quævis renuntiatio societatis quantumvis insidiosa hactenus valet, ut renuntianti noceat, et liberet ab eo socios [11] At non quævis renuntiantem liberat a sociis. Exigitur in renuntiatione, ut careat injuria et dolo. Ideo in justa renuntiatione hæ sunt conditiones; ut renuntietur præsenti societas, ut sine fraude, ut non intempestive. Contrariisque de caussis renuntiatio sic rejicitur, ut renuntianti noceat, socios liberet. Jam primum societatem præsenti renuntiari debere placet, ut possit rebus suis exinde consulere. Si absenti societas renuntiata sit quoad is scierit, quidquid adquisivit is qui renuntiavit: in commune redigi debet: detrimentum autem ejus solius est, qui renuntiavit: quod autem absens adquisivit ad solum eum pertinet, detrimentum ab eo factum commune est. *L. sed et socius, 17. §. ult. pro soc.* In eadem caussa est, quæ aut fraudulenta est, aut intempestiva renuntiatio. Fraudulenta renuntiatio est, si quis ex sociis ideo societati renuntiet, ut lucrum, quod alioqui obventurum erat societati, ad se solum transferat. Veluti, si cum uni ex sociis omnium bonorum delata esset hereditas, is nondum adita hereditate renuntiet societati: sic deinde adeat hereditatem, ut eam solus habeat: aut si inita inter nos societate ad aliquam rem emendam, solus postea volueris eam emere, ideoque renunties societati, ut solus emas. Placet hujusmodi renuntiationis pœnam hanc esse, quæ supra, ut qui renuntiavit, is in ea re, in qua lucrum captavit, liberet a se socios, non se a sociis liberet. Unde eveniat, ut si quod erit damnum ex illa hereditate, aut re empta, de qua dixi, ad eum solum, qui renuntiavit, pertineat: si quod lucrum, id sociis communicare debeat actione pro socio: hæc in *L. actione, §. diximus, et §. item si societatem, seq. D. pro soc. §. manet, Inst. de soc.* Cæterum extra eas res quarum lucrum socius captavit, soluta societas est, et si quid aliud lucri faciat postea, quod non captarit, ad ipsum solum pertinet. *Ei vero cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur*, d. §. *manet*, in fin. *Institut. de societ.* Intempestiva renuntiatio est, quæ societate ad tempus contracta, ante tempus interponitur. Et hæc renuntiatio nihilo magis, quam superior recepta est: placetque eamdem pœnam esse intempestivæ hujus quæ et fraudulentæ: ut scilicet qui ante tempus renuntiavit, si quid compendii postea factum sit, eo liberet

11) Notabile: quæ socius renuncians post dolosam renunciationem acquirit, communicare cogitur. Contra quæ is lucri fecit, cui sic renunciatum est, non communicat. Et ita obligatio, initio mutua, fit μονοπλεύρης. Quin Connan. 7. *Comm.* 13. *n.* 13. hoc idem in renunciatione absenti facta, ex *dict. L.* 17. §. *ult.* indistincte servari vult, etsi caussam recedendi habeat renuncians. Nam si absens quid damni passus, id partietur cum eo, quem socium se habere putavit, cum si dissolutam societatem scivisset, forte id damni non incurrisset.

ret a se socios, et ejus partem non ferat: at si dispendium, ipse teneatur sociis, ut præstet portionem: hoc in *d. L. actione*, §. *item qui societatem.* Et merito hic aliud placuit, quam in societate simpliciter contracta: quia ante tempus conventione præstitutum renuntiando, præterquam quod fit contra conventionem, etiam simul adimitur sociis utilitas temporis, quam illius temporis adjectione a sociis quæsitam esse apparet. Congruit autem bonæ fidei sic interponi renuntiationem, ne socius in re jam parta sociis noceat. *d. L. actione*, §. *Labeo.* Et tamen hactenus prohibetur socius in hac specie ante tempus renuntiare, nisi justa caussa id facere suadeat. Justæ caussæ partim ex persona vel socii, vel renuntiantis; partim ex re quæ in societate versatur. Ex persona socii, si ita injuriosus sit aut damnosus, ut non expediat eum pati. Ex persona renuntiantis, si reipublicæ caussa diu et invitus sit abfuturus, nec possit per alium societatem administrare vel socio committere. Ex re, si aut conditio aliqua, qua societas erat coita, renuntianti non præstetur, vel illi ea re [12] frui non liceat, cujus gratia negotiatio suscepta est. Hæc ex *d. L. actione*, §. *item qui societatem.* Maxime autem ex *L. si convenerit*, 14. et 2. seqq. *pro soc.* Intempestiva et tunc renuntiatio est, cum societate ad res aliquas emptas distrahendas inita, unus renuntiet eo tempore, quo vendere eas res non expedit: eoque et renuntiatio simpliciter improbata. Facit enim et hic contra eam utilitatem, cujus caussa societatem contractam esse apparet, et rerum jam ante emptarum venditione omissa, aperte conditionem socii deteriorem facit. Ideo recte placet et hunc eo nomine teneri pro socio, quanti socii interest. *L. actione*, §. *Labeo*, *pro soc.*

XIV. Aperta voluntas si societatem dirimit renuntiatione, par est, ut idem efficiat tacita, undecunque id socium velle constabit, quoniam quomodo declaretur cujusque voluntas, verbis, an re aliqua et facto, ad voluntatis significationem et approbationem nihil interest. *L. 2. L. 4. D. de pact. L. recusari*, *D. de acq. her. L. ult.* §. *ult. D. de divor.* Quod et in societate dissolvenda admissum est. Ergo et tacita sociorum voluntate non minus societas distrahitur, quæcumque facta sunt, quæ sine verbis voluntatem a societate discedendi arguunt. Quæ si in universum definire volumus, non male diximus ea esse, quæ sunt ejusmodi, ut vel his amittatur statim actio pro socio, vel eo spectent ut a communione discedatur; quæ duæ res societatis et sociorum propriæ. Hujusmodi facta tria notata esse a veteribus animadverto: certe a veteribus ea hoc loco dicta, ex quibus ea facta ab illis intellecta deprehendas: novata actio pro socio; judicium pro socio ab uno ex sociis institutum adversus alios; et privata ac spontanea sociorum secessio.

XV. Novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, solo hoc facto etiam in posterum societas solvitur: neque enim socius esse potest, qui actionem pro socio non habet: hæc autem novatione amittitur. Id significat Ulpianus cum dicit societatem etiam ab actione seu ab actionis interitu distrahi. *L. verum*, 63. §. *ult. D. pro soc.* Apertius Paulus cum ab actione distrahi societatem sic explicat in *L. actione*, 65. *eod.* ut dicat id fieri, *cum aut stipulatione, aut judicio mutata est caussa societatis.* Mutatur caussa societatis, cum mutatur societatis obligatio et actio. Mutatur autem, cum transfertur in aliam obligationem, ut jam pro vetere socio alia obligatio esse incipiat. Atque hæc translatio nihil aliud est, quam novatio. *L. 1. D. de novat.* Fit autem hæc sive mutatio, sive novatio vel stipulatione, vel judicio. Stipulatione, cum socius quod sibi debetur ex caussa societatis, stipulatur novandi animo vel ab uno ex sociis, vel etiam ab extraneo. *L. 2. D. de novat.* Judicio, cum uno ex sociis agente, pro socio aliquis se liti obtulit socii nomine: quomodo debitorem statim liberari constat. *L. solutione*, *D. de sol.* Ac de his diximus satis suo loco in novatione. Ita in summa hoc illi dicunt, distrahi societatem etiam ab actione, cum actionis pro socio ab uno ex sociis novatio facta est.

XVI. Judicium pro socio institutum ab uno ex sociis adversus alios hanc eamdem distractionem societatis efficit, tantum ideo, quod hoc facto renuntiata societas videtur. Hoc in *L. actione*, in pr. *pro soc.* Sed adjicitur eo loco: id fieri *hoc ipso, quod judicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur.* Nos autem intelligimus hoc ipso quod judicium *pro socio* dictatum est, videri dictatum ideo, ut societas distrahatur, ut maxime nihil adjiciatur aliud. Idque satis indicat Paulus in *ead. L. actione*, §. *pen.* cum ostendit in privatis societatibus agi *pro socio* ma-

12) Ut si tempore contractæ societatis probabilis spes lucri, dein supervenit metus damni probabilis, Valasc. *To. 2. Cons.* 182.

manente societate non posse. Non enim significat his verbis, ut [13] Accursius ad eum locum, et ad *L. tamdiu*, *C. pro soc.* scribit, non nasci actionem pro socio, aut ea agi non posse, nisi finita societate. Nominatur enim ubique actio pro socio: nominatur etiam interdum actio societatis, ut *L. duo*, 71. *pro soc.* Quomodo, nisi cœpit actio adversus eum, qui socius adhuc erat; nisi nata tunc est, cum adhuc maneret societas? Sed dicitur socius socio teneri actione pro socio. *L. socius*, 72. *D. pro soc.* §. *socius*, *Institutio. de soc.* Atqui finita societate socii amplius non sunt, qui fuerant. De quo plura scripsi ad *d. L. tamdiu*, *C. pro soc.* Sed hoc significatur, non posse pro socio agi ita, ut maneat adhuc societas: quoniam quæ tunc manebat, cum agi cœptum est, simul atque agi cœpit, voluntate et tacita renuntiatione distrahitur. Voluntas distrahendæ societatis ex hoc facto manifesta est: quoniam non alio spectat judicium pro socio institutum, nisi ut ab ea communione, quæ propria societatis discedatur.

XVII. Sed hæc conjectura in privatis et voluntariis societatibus ideo admissa est et pro certa habetur, quia nulla est in his necessitas aut ratio pro socio agendi, nisi ut discedatur ab ea communione, quam dixi. Quod contra fit in societatibus vectigalium: in quibus sæpe necesse est agi pro socio manente societate, idest quanvis maneat et duret postea societas: ubi scilicet propter varios contractus nulli ex his inter quos de parte aliqua agitur, expedit recedere a societate. Non videtur autem agere eo animo, ut distrahat societatem, qui ideo agit, quia necesse habet, quanvis cupiat in reliquum societatem manere. Ideo cessante superiore conjectura voluntatis, placuit in his quanvis judicio pro socio actum sit cum publicanis sociis, nihilominus adhuc manere societatem in reliquum tempus, nisi quid apertius de animo distrahendæ societatis proponatur: hæc sententia *d. L. actione*, §. *penult. pro soc.*

XVIII. Privata secessio sociorum in his quæ prius in commune gerebantur, dissensum sociorum arguit, eoque et societatem dirimit, cum separatim agere cœperint, ut jam unusquisque vel unus sibi negotietur. *L. itaque*, 64. *pro soc.*

XIX. Ergo ut apparet, in his modis solvendæ societatis voluntatem discendendi a societate a cæteris modis, puta morte, et amissione bonorum distinguimus. Quod ita facimus dum rem totam ex suis partibus distinctius et apertius cognosci volumus, et eam voluntatem, quæ per se sola est ad dirimendam societatem, ab ea quæ alias caussas priores habet, ut mortem et amissionem bonorum, volumus separari. In quo et veterum tractationi in hac parte explicanda magis servimus. Alioqui si quis hæc consideret, et excutiat subtilius, reperiet etiam ex his quæ diximus, dirimendæ societatis naturalem rationem unam hanc esse, sociorum ad distrahendam voluntatem. Hæc quidem spectatur præcipuæ et per se sola in lege societatis, item, in renuntiatione postea secuta tam tacita, quam expressa. Sed non minus et in morte sociorum, itemque in amissione bonorum eadem voluntas est ad dissolvendam societatem licet obscurior, et quæ ex prioribus illis caussis nascatur, morte socii, aut bonorum amissione. Nam cum in societate contrahenda uniusquisque personam certam sibi eligat, cum qua velit sibi societatem esse, et præterea eo faciat, ut earum rerum, quæ socius habet, communicatione ipse uberiore lucro augeatur (nam nisi hoc speraret, suis rebus contentus esse poterat, nec necesse erat alium sibi adjungere) fit, ut mutata utraque hac ratione, vel altera dumtaxat, nemo in societate diutius manere velit. Qua ratione potest intelligi, vere dictum esse in. *L. tandiu*, *C. pro soc.* tandiu societatem durare, quandiu consensus partium integer perseverat: nec pugnare cum eo, quod dicimus etiam morte, et bonorum amissione sine ullo aperto dissensu societatem finiri. Nam et morte et bonorum amissione interveniente desinit is consensus esse integer, qui prius fuerat, ac contraria voluntate societas solvitur, ut ostendi.

XX. Cum autem diximus societatis genus esse nupias, recte huc quoque referri posse videntur, si qui sint modi proprii harum dissolvendarum. Et sunt omnino, dissimiles ab iis, quibus reliquæ societates dissolvuntur. Certi duo, mors alterutrius ex conjugibus, et divortium. Morti in hac re comparaverunt olim Romani, servitutem, et deportationem. Divortium admiserunt certa forma, et ex omnibus caussis, ut quidem dissolveretur matrimonium: non tamen ex omnibus impune (*) *Verbum Dei inter viventes conjuges admittit solum ex fornicationis caussa*,

13 Petr. de Ubaldis *Tr. de Soc. P.* 11. *n.* 13. Actioni pro Socio universali locum non esse, scribit, durante societate, si ea voluntaria et libera. Licet secus sit in necessaria, ut societate vectigalium.

*) Matrimonii vinculum etiam ex fornicationis causa indissolubile vivo utroque conjuge docet Evangelicæ atque apostolicæ doctrinæ fidissima custos atque interpres Catholica Ecclesia. Vid. *Concil. Trid. Sess.*

aut si infidelis conjux recedat a fideli, vel fidelem excedere coactum religionis caussa infidelis sequi nolit. Sed de his nihil habeo melius, quam quæ scripsit Duarenus in hanc partem sub titulo *de divortiis.* Beza in *Libro de repudiis et divortiis:* quorum prior quam brevissime, nihil ut deesset tamen complexus est ea quæ ex jure Civili et Pontificio huc pertinebant. (**) *Posterior omnia persecutus est copiosius, et ad normam verbi Dei luculenter.*

24. *Can.* 7. Quam eamdem Orthodoxæ atque Evangelicæ doctrinæ veritatem exacta docendi methodo propugnant, et explicant luculentissime post Tridentinam Synodum Catholici omnes, iidemque summi nominis Theologi. Vid. præ cæteris Emin. Bellarm. *de Sacr. Matrim. Cap.* 17. *et seq.* et Honoratum Tournely *de Sacram. Matr. Quæst.* 5. *Art.* 2. *Concl.* 3.

**) Bezæ ingenium, eruditio, juris, et Verbi Dei peritia Donello probata satis illa quidem: sed minus ipsi compertam merito suspicamur. Floruerit per nos vir ille poesi, et amœnioribus literis. Philosophiam certe, atque jurisprudentiam vix a limine salutavit in Aurelianensi Gymnasio. Theologiam vero nullo Doctore acceptam Bezam exposuisse fœminis præsertim, quas elegans magistri vultus et sermo procax alliciebat, sed fœde corruptam et depravatam tradit Maimburgus *Lib.* 3. *Histor. Calvin.* qui et in eam rem testibus utitur quammultis.

CAP. XXV.

Quid proprium habæt ad liberationem duorum reorum obligatio.

I. Duorum quoque reorum obligatio suas quasdam proprias liberationes habet, remotas ab illis communibus de quibus diximus; sive agatur de duobus reis stipulandi, credendive, sive de duobus reis promittendi. In duobus reis stipulandi jus commune hoc dictare videbatur, ut cum promissor ambobus solidum debeat, deberet etiam ad liberationem ambobus solvere aut satisfacere. Nunc autem proprium hoc genus liberationis servatur inter istos, ut quoniam in utriusque persona una et eadem versatur obligatio, ideo debitore ab uno ex reis stipulandi liberato, liberetur ab altero etiam invito, quanvis nihil ei præstiterit, nihil cum eo egerit. [1] §. *penult. Inst. de duob. reis, L.* 2. *L.* 3. §. *ult.*

1) Si modo ambo utiliter stipulati sint. Nam si alter inutiliter, ei solutio facta non liberat *L. si duo* 128. *de V. O.*

ult. D. eod. Neque hic quidquam interest, quomodo debitor ab uno liberetur: utrum ipso jure, an vero per exceptionem. Illud constat quem unus ex pluribus reis credendi liberavit ipso jure, eum a cæteris correis liberari; non tantum si liberanti solvitur; de quo nulla est dubitatio, quando hic vere præstatur quod debetur, et res utiliter geritur ab accipiente: sed etiam si visum est ei nihil accipere, atque adeo rem perdere, vel obligationem novando, vel quod debetur, donationis caussa acceptum ferendo. *L. 2. D. de duo. reis, L. si rem, §. 1. D. de novat. L. et per, 13. §. ult. D. de accept.* At hoc dicimus amplius, etsi quo facto unus ex reis stipulandi promissorem liberaverit tantum per exceptionem, nihilominus debitorem eadem exceptione adversus alterum reum stipulandi tutum futurum. Ut si unus ex reis non sociis pactus sit, ne a promissore peteret; etiam alteri reo exceptio pacti conventi [2] obstabit. *L. si unus*, in pr. *D. de pact.* Et jusjurandum ab uno delatum sic nocebit alteri, ut jurisjurandi exceptio adversus deferentem parta, etiam alterum excludat. *L. in duobus*, in pr. *D. de jur.* Quo argumento idem in cæteris exceptionibus probare debebimus. Finge uno ex reis agente promissorem esse absolutum, et alterum reum iterum agere, etiam adversus hunc exceptione rei judicatæ debitor recte utetur. Ita fit, ut his omnibus modis unus ex reis debitorem liberando aperte alteri reo jure suo noceat.

II. Neque tamen ideo contrarium putemus, quod traditur neminem facere posse conditionem alterius deteriorem. *L. solvendo, D. de neg. gest.* Hoc enim de eo dictum est, qui conditionem alterius recta et principaliter attingat, eamque deteriorem facere conetur, quod nulli facere concessum est. Quod si quis principaliter attingat suam; nihil prohibet quominus de ea statuat, ut velit, eamque ut velit deteriorem faciat. *L. pactum, D. de pact.* Nec ea re impedietur, quod forte ejus rei damnum etiam redundet ad alios. Semper enim cum quæritur, an quod fit; valeat, necne, spectare debemus in eo id quod principaliter fit, non quod per consequentiam: ut siquidem quod fit principaliter, per se non valet; neque hoc valeat, neque ea quæ inde sequuntur. Sin per se solum valere potuit, ita valeat, ut quanvis ea sequantur, quæ per se facta non valuissent, nihilominus et hæc rata sint, eodemque jure defendantur. *L. 1. D. de auct. tut. L. in modicis, D. de cont. emp.* Atqui cum unus ex duobus reis stipulandi promissorem aliquo facto suo liberat, si spectamus quod facit principaliter, tractat [3] rem et conditionem suam, eamque deteriorem facit, non alienam. Tollit enim suam obligationem: quod faceret etsi eam cum alio communem non haberet. Hac sublata evenit quidem, ut alteri quoque stipulandi reo obligatio quæ una et eadem erat, tollatur. Sed fit hoc per consequentiam ejus, quod ante principaliter recte gestum erat. Proinde et hoc posterius valebit: ne incipiat dici, non accessionem ex principali caussa, sed caussam principalem ex accessione stare aut everti, contra omnem naturæ et juris ordinem. *arg. in L. cum principalis, D. de reg. jur. §. fidejussores, Inst. de fid.*

III. Sed quod dicitur debitore ab uno ex reis stipulandi liberato etiam adversus alterum correum liberationem contingere, in solutione perpetuum est, sive rei stipulandi socii non sint, sive sint. In cæteris liberationibus ita temperandum est, si modo rei stipulandi non sint socii. Quod si socii fuerunt, in hoc consenserunt veteres, uni quidem recte solvi, ut contingat liberatio in solidum: unum autem nec paciscendo cum debitore, nec obligationem novando alteri nocere. Hoc in *L. si unus*, in pr. *D. de pact.* Et recte: nam duo rei stipulandi socii in ea caussa habentur, ut perinde in ea re dividi debeat in-

2) Diss. Cujac. *ad d. L. 27. pr.* volens pactum unius rei stipulandi alteri non nocere, sive socii sint, sive non. Nec quia solidum petere et accipere potest unus reus, ideo et posse de solido pacisci, cum nec a solutione ad novationem semper efficax sit argumentum nedum ad pactum, quod vicem solutionis non obtinet. Distinctionis, an socii sint, usum solum esse in dolo *L. 5. si quis caut.* et compromisso *L. 34. de rec. arb.* Atqui vocula *sociis* si non supervacue adjecta *d. L. 27. pr.* plane hanc distinctionem in præsenti probat, nec argumentum a solutione ad pactum, quod quandoque infirmum, sed ex verbis *d. L. 27.* ea infertur. Et in *dd. LL.* locus est huic distinctioni converso modo. Ibi enim dolus et compromissum unius rei stipulandi, ita nocet alteri, si is sit socius. Hic contra pectum unius nocet alteri, nisi sit socius. Quin illa caussam contrario errori dederunt Ant. Fabro, moveruntque ut in *d. L. 27. princ.* voculam *sociis* expungeret *ibidem in rationali et* 11. *Conject.* 18. *ad fin.* statuendo ita demum nocere pactum unius rei alteri, si sint socii, (quod iis quæ hic noster e diametro repugnat) tum per *d. L. 34.* cujus non aliam rationem esse, ait, quam quia compromissum est pactum stipulatione firmatum, tum quia pactum unius rei promittendi ita prodest alteri, si sint socii *L. 25. princ. de pact.* Ergo pactum unius rei stipulandi eadem conditione alteri nocet. Aliam esse rationem acceptilationis *d. L. 13. §. ult.* et jurisjurandi *d. L. 28.* quia utrobique imaginaria solutio *L. 27. de jurejur.* non item in pacto. Sed nec hæc sententia sine correctione aut corruptione textus obtineri potest, et contrariæ firmum fundamentum in *d. L. 62. §. 1. ad L. Falc.* ut tamen, quod rationi *d. L. 62.* consequens saltem noceat socio, etiam pro parte, quæ paciscentem contingit, Connan. 6. *Comm.* 5. *n.* 13. h. e. ut correo stipulandi qui pactus non est, non in solidum, ast pro parte sua actio supersit, quod et noster hic velle videtur. Nec allata valde urgent. Nam *d. L. 34.* ratio alía est. Paciscendo male se gerit socius ac profundit: Compromittendo rectius versatur in rebus communibus, licet eventus forte non respondeat, Pac. 3. Q. 18. Accedit quod compromissum ad similitudinem judiciorum redactum *L. 1. de rec. arb.* At ex *d. L. 25.* mala illatio et quia ibi paciscentis socii interest, hic contra, et quia non eodem modo factum alterius alteri nocere, uti prodesse potest *L. 39. de neg. gest. et simil.*

3) Ita et noster ad *h. tit. Cod. de duob. reis Cap. 5. n. 3.* quia liberando debitorem de suo statuit alter reus stipulationem, non de alieno, et P. Fab. *ad Leg. 173. §. de R. I.*

inter eos obligatio, ac si singuli partem pecuniæ stipulati essent, ut est in *L. in lege*, 62. *D. ad leg. Falc.* Ea res facit, ut nihil amplius remittere possint singuli, quam quod suum est, id est partem quam in societate obtinent.

IV. Non solum in liberatione unius ex reis stipulandi singulare hoc jus est, et proprium hujus obligationis, quod diximus, ut eo facto in solidum liberetur debitor etiam adversus alterum: sed etiam quod magis dubites, valet idem in unius ex reis stipulandi petitione, cum de eo quod debetur, cum [4] debitore judicio agi cœperit: de quo ita scriptum est in *L. 2. D. de duob. reis.* etiam unius petitione totam solvi obligationem. Ubi totam obligationem intelligere debemus priorem: hæc enim sublata est, manente interim nova obligatione judicati, quæ judicio contracta est: in quam et prior transfusa est novatione pro commodo petitoris. Est enim superioris definitionis is sensus, qui alibi aliis verbis indicatur: nempe unum ex duobus stipulandi reis judicio petentem totam rem in litem deducere. *L. si rem*, §. 1. *D. de novat.* Item, unum ex duobus reis credendi agendo occupare, et totum consequi. *L. fideicommissa*, 11. §. *plerumque. D. de leg.* 3. Inde illud dictum, ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, promissorem alteri offerendo pecuniam, nihil agere. *L. ex duobus*, 16. *D. de duob. reis.* Consequens prioribus, eo quod si petitione unius etiam alterius obligatio sublata est, nihil amplius alteri debetur: cui autem nihil debetur, ei nec solvi potest, ut creditori invito noceatur. *L. invito*, *C. de sol.* Unde ergo hoc genus liberationis, ut sola petitione unius ex reis credendi liberetur promissor a cæteris, qui his neque solverit, neque satisfecerit: præsertim cum sæpe hoc usurpatum legamus a veteribus, non petitione quemquam sed solutione et perceptione liberari? *L. 1. §. si apud*, *D. dep. L. 4. D. de his qui dei. vel eff.* Et novationis jure contingit hæc liberatio: habet enim petitio unius ex reis stipulandi novationem necessariam pro commodo petitoris, quo actio vetus tota ad eum transferatur: de quo genere vide, quæ scripsimus *in novationibus.*

V. In duobus quoque reis promittendi similis quædam liberatio est: verumtamen non per omnia. Est, quod intersit et in genere liberationis, quo unus ex reis promittendi a creditore liberatur, et in creditoris petitione. Uno ex reis promittendi a creditore liberato non continuo liberatur alter, sed ut est genus liberationis. Refert, ipso jure liberetur unus, an per exceptionem. Si ipso jure; dum ita, ut res ipsa soluta sit, nec quidquam obstet correis, tota solvitur obligatio, atque hoc modo cæteri qui nihil ipsi fecerunt, præstiterunt, etiam ignorantes et inviti liberantur: neque intererit, solutione unus liberatus sit, quo casu vere creditor suum consequitur: *L.* 3. in fin. *D. de duob. reis.* An vero novatione cum creditore interposita, aut acceptilatione. *L. 2. D. eod. L. si ex pluribus* in prin. *D. de accept.*

VI. Sane hoc exigimus, ut sic unus liberetur, ut solvatur res ipsa, non autem liberetur tantum persona manente obligatione. Nam hoc si fit, magis eximitur persona obligationi, quam obligatio tollitur: qua de caussa et uno ita liberato, tanquam non vero liberato, alterum manere obligatum placet. *l. ult. D. de duob. reis.* Sic autem eximitur persona obligationi, si aut deportatus sit in insulam unus ex rei debendi; *d. L. ult.* aut creditor uni ex duobus reis heres exstiterit. *L. Granius*, *D. de fid.* de quo genere confusionis suo loco diximus.

VII. Sed etsi liberatus sit unus vere manente persona, et nihilominus sublata obligatione; tamen est interdum, quod objici possit alteri reo, cur non liberetur. Id accidit re promissa perempta cum unus moram non fecisset, alter fecisset. Nam qui non fecit moram nec rem peremit, interitu rei debitæ liberatur. *L. si ex legati*, *D. de verb. obl.* Qui fecit, hunc factum suum liberari prohibet, et regulæ juris notæ quibus efficitur, moram suam unicuique nocere debere: et, moram perpetuare obligationem. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *D. de reg. jur. L. si servum*, §. *sequitur. D. de verb. obl.* Ergo prioris liberatio alterum non liberat: et merito, quia prior nihil deliquit; posterior deliquit; quod factum impunitum esse non debet: *L. hominem*, *D. mand.* nec e converso posterioris obligatio alterum retinet in obligatione: ac merito id quoque, quia unius factum eoque et mora alteri nocere non debet. *L. mora*, §. *ult. D. de usur. L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Non debet, sic accipe, ubi sine facto unius futurum esset, ut

4) Idem esse, si alteri soluturum se debitor constituerit, vult Briss. *Lib.* 1. *de Solut. pag.* 305. per *Leg.* 8. *de const. pec.* quæ cum de adjecto potius, quam correo loquatur, hoc vix satis apte probat.

ut alter liberaretur, ut in specie proposita. Cæterum si unus servum promissum occidat, nocebit id factum etiam alteri, ut et is re perempta teneatur non minus, quam qui occidit: quia absque hoc facto foret ut neque is qui occidit, neque correus ejus liberaretur. Et ut factum unius non debet nocerē alteri: ita certe ad liberationem prodesse non debet. Ac de hoc genere facti [5] accipi convenit, quod definitur in *L. pen. D.* de duob. reis, *ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Nam id demum vere factum dicitur, quod ita fit, ut sit in faciendo. Mora ejusmodi factum non est, quæ cum admittatur in non solvendo, in omittendo et non faciendo est potius, quam in faciendo. Sunt ergo hæc, quæ uno ex reis promittendi quanvis ipso jure liberato obstent alteri, quominus eodem facto liberetur; non plena liberatio unius, et correi mora in re debita citra moram alterius perempta. At demus justam liberationem unius, demus correum cui nihil obstet delictum suum ad liberationem: jus certum est uno ex reis debendi ipso jure liberato alterum quoque liberari: idque ita statui necesse est. Hujusmodi enim liberatione sublata est obligatio, qua prior reus tenebatur. At hæc in persona correi non diversa, sed una et eadem obligatio fuit. Quare et hæc in alterius persona sublata sit, necesse est.

VIII. Non eadem caussa est, si unus ex reis promittendi liberatus sit a creditore tantum per exceptionem. Hac exceptione tutus erit is, cui primum quæsita est: alteri correo nisi ex caussa non proderit. Finge creditorem cum uno ex reis pactum esse ne peteret. Alter reus si conveniatur, a creditore, exceptione pacti conventi non utetur: quia ut ei prosit id pactum, paciscentis nihil interest: neque porro pactum cum uno aliquo interpositum alia conditione alteri prodesse potest. *L. et heredi*, §. *ult. L. fidejussoris*, §. 1. *D. de pact.* Nec potest ideo, quia per liberam personam quæ nostro juri subjecta non est, nobis quidquam civiliter acquiri non potest. *L.* 1. *C. per quas pers. L. ea quæ, D. de acq. rer. dom.* Idem dicemus, si unus ex reis judicio conventus absolutus sit: dabitur hic exceptio rei judicatæ ei qui absolutus est: cæteris correis non dabitur, *L. amissi*, §. *ult. D. de fid.*

IX. Atqui promissore ab uno ex reis stipulandi pactione liberato, diximus ei prodesse exceptionem adversus cæteros reos etiam qui nihil pacti sint. Cur non æque uno ex reis promittendi pactione liberato prosit aliis reis adversus eumdem creditorem? Differentiæ ratio est, quod cum unus ex reis stipulandi promissorem exceptione liberat, unus est tantum promissor, qui sibi exceptionem acquirens de ea aliis acquirenda non laborat. Sibi quisque acquirere potest, quod sua interest: eoque et exceptionem: quæsitam suo jure adversus ejusdem actionis reos recte retinet. At cum unus ex reis promittendi exceptione liberatur, si alterum eodem jure liberari volumus, nempe hoc volumus per priorem alteri correo exceptionem acquiri: hoc vero jus non concedit ob eamdem regulam, quam supra dixi, Per liberam personam quæ juri nostro subjecta non sit, nobis excepta possessione acquiri nihil posse. *d. L.* 1. *C. per quas pers.*

X. Interdum tamen exceptio uni ex reis promittendi quæsita etiam alteri reo prodest ad liberationem, quod ex caussa concedi solet. Justæ in eo caussæ tres.

XI. Una, si rei debendi sint socii. In his quod pactum cum uno interpositum erit, ne petatur, etiam alteri correo ad exceptionem proderit. *L. sed si*, 24. juncta, [6] *L. idem, seq. D. de pact.* Ductum ex ea regula, qua veteres ita definiunt, pacta in rem facta omnibus prodesse, quorum obligationem dissolutam esse, ejus qui paciscebatur interfuit: vel aliis verbis, pacta cum alio facta tum demum prodesse alii, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est, proficit. *L. et heredi*, §. *ult. L. fidejussoris.* §. 1. *D. de pact.* Interest namque socii paciscentis, ne ab altero socio petatur, eoque et exceptio alteri socio data ei qui pactus est, proficit: quia si ab altero petitur, is qui pactus est, inquietatur, atque adeo ab ipso peti videtur propter communionem et conjunctionem societatis: quæ et ratio superioris sententiæ confirmandæ nominatim reddita est in *L.* 3. §. *nunc de effectu*, *D. de lib. leg.*

XII. Altera caussa est in duobus reis non so-

5) Vid. Donell. *ad hunc tit. Cod. Cap.* 9. Nec dicendum *dict. Leg. penult.* loqui de duobus reis sociis, ut Accursius et Bartolus, quod reprobant Ræv. et P. Fab. *ad dict. Lect.* 173. §. 2. *de R. I.*

6) Ita et accipit *d. L.* 25. Ant. Faber *ibidem* ut vocula *sociis* et ad argentarios et ad correos referatur. Nam si non socii fuerint, nihil interest paciscentis, quia correus non habiturus adversus eum regressum, si solvere ipse deinde coactus. Cui nec alias si totum solvit mandati, negotiorum gestorum, aliamve actionem contra correum competere, etsi is solverit, ad quem nihil ex pecunia pervenerit, conatur contra DD. pluribus adstruere A. Fab. 11. *Conject.* 6. *et seqq.* Quod durum haud dubie et iniquum, sed examinare hic non vacat, vid. Tessaur. *Decis.* 191.

sociis, si unus paciscatur, ne a se, neve a correo petatur. Hic placet quanvis hoc facto alteri reo exceptio quæri non possit vetante regula juris: tamen iniquum esse creditorem contra conventionem suam in eadem re et eadem obligatione ab altero reo quidquam petere. Idcirco si alteri exceptio pacti acquiri non potest, at saltem exceptionem doli ei profuturam. Hoc in conventione fidejussoris admissum est, cum in communi obligatione rei principalis et sua paciscitur a creditore, ne ille a se, neve a reo petat. *L. idem*, 25. §. 1. *L. videlicet*, *seq. D. de pact.* Multo igitur magis admittendum in pacto unius ex reis debendi, qui paciscatur ne a se petatur, neve a correo: quia ad reum debendi proprie et principaliter obligatio pertinet, de qua paciscitur: non item ad fidejussorem, qui tantum accessio est ejus obligationis.

XIII. Tertia caussa est, si unus ex reis debendi deferente creditore juraverit de re ipsa nihil deberi. Hoc jusjurandum placet alteri quoque reo prodesse ad exceptionem: addita hac ratione, quod jusjurandum cum loco solutionis cedat, hic quoque eodem loco sit habendum. *L. in duobus*, 28. §. 1. §. *ex duobus*, *L. jusjurandum etiam*, 27. *D. de jur.* Recte. Nam unius ex reis solutione alterum liberari constat. *L.* 3. in fin. *D. de duo. reis.* Atque ex hac ratione satis intelligitur, cur non idem placeat in pacto cum uno ex reis interposito. Non enim pactum ut jusjurandum solutionis loco cedit: et merito: quia dum pacto liberatur debitor, nihil præstat creditori, sed ab eo accipit. In jurejurando, ut conventione tacita id agitur, ne creditor post jusjurandum petat, ita et pro eo debitor præstat ei jusjurandum: qua præstatione tanquam aliud pro alio solvendo ei satisfacit: ac satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio*, *D. de sol.* Comparatur quidem pacti liberatio solutioni. In *L. si unus*, §. *si cum decem*, *D. de pact.* Sed hoc in uno promissore quem solum liberatum volumus. Nunc de eo agitur, an etiam hujus pacti exceptio alteri acquiratur: hoc vero jus non patitur.

XIV. Quod ad petitionem attinet, qua creditor cum uno ex duobus reis promittendi agit, sententia est juris certi, ea petitione alterum non liberari. Non enim petitione ajunt veteres, et electione, sed solutione et perceptione debitor liberatur. *L.* 1. §. *si apud duos*, *D. depo. L. si ut certo*, 5. in fin. *D. com. L.* 4. *D. de his qui dei. vel effud.* Quidni vero ita dicamus? Nam ne is quidem liberatur, cum quo agitur; qui judicio obstringitur magis inducta nova obligatione judicati? *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pec.* Quod si is non liberatur, plus quam absurdum sit dici ex ejus persona liberari alterum. De qua sententia si antea dubitatum esset, ut credibile est dubitatum esse aliquando, ut significatur in *L. decem*, *D. de verb. sign.* sententia diserte confirmata est constitutione Justiniani in *L. ult. C. de fid.* Cui jam consequens est illud, quod et certis locis traditum est, si cum uno ex reis creditor agere cœperit, non prohiberi eum quod ab eo consecutus non fuerit, ab altero [7] petere, cum velit. *L. si ex toto*, 8. §. 1. *D. de leg.* 1.

7) Et ita correis debendi quem velit convenire licet creditori. Quod jure veteri expeditius, tametsi Bartolus et alii velint, si ad unum solum pecunia pervenerit, alterum pro fidejussore habendum, et excussionis exceptione uti posse, Hippol. de Marsil. *de Fidei. n.* 63. quod refellit A. Fab. 11. *Conject.* 1. aliud et Donellus noster *ad h. t. C. C.* 6. *n.* 3. Hæc enim Lex est obligationis, nec curiosus esse debuit creditor, cujus utilitati pecunia accepta cedat. Quare nec aliud si duo rei socii. Nam quod inter eas divisa dicitur obligatio *L.* 62. §. 1. *ad L. Falc.* in re subjecta recte dicitur, creditori autem id nocere nequit, Donell. *d. C.* 6. *n.* 2. Jure novo vero volunt DD. in solidum conveniri non posse, sed pro parte nisi alter inops vel absens *auth. Hoc ita C. h. t.* sed illi beneficio divisionis renunciari posse, Gomez. 2. *Resol.* 12. *n.* 1. Contra Donell. *ad h. t. C. Cap.* 15. non de duobus reis simpliciter, aut quibusvis ubi uterque principalis, agi *Nov.* 99. unde *d. auth.* desumpta, sed qui vice mutua inter se fidejussores accepti περιάλληλεγγύν, ut est *tit. d. Nov.* 99. Et ita in vulgata quoque versione *d. Nov. Cap.* 1. initio. *Si quis alterna fidejussione obligatos*, etc. Alias etsi inter se egerint, ut alter sit principalis, alter fidejussor, pactionem hanc debitorum creditori fraudi esse non posse *L.* 25. *Cod. de pact.* Mentem hanc Imperatorum apparere tum ex *pr. d. Nov.* qua se refert ad constitutionem ante editam de fidejussoribus *Nov.* 4. cujus hanc appendicem esse voluerit. Cum enim illa ordinis beneficium fidejussori tribuatur, dubium ortum in specie mutuorum fidejussorum, ubi principalis reus pro fidejussore suo rursus fidejussit, quid habendum. Justinianus sanxit, cum nulla sit ratio prius alterum conveniendi, ordinis exceptioni locum non esse, sed utrumque simul conveniri posse. Verum non in solidum, sed pro parte. Et quidem si non convenit, ut in solidum teneantur, indistincte etsi correus inidoneus vel absit, quasi divisa inter eos ab initio obligatione. Cum licet verbis singuli solidum promiserint, mutua tamen fidejussio declaret rem in commune ad utrumque pertinuisse, eosque se ut in re communi obligasse, proinde partes viriles debeii, nec vere duos reos fieri per *L.* 11. *in fin. hoc tit.* Sin pactum speciale, quemque teneri in solidum, ne tunc quidem solidi exactionem ab uno permitti, nisi alter inidoneus vel absit. Ut nec eadem ratio habeatur ac si uterque reus simpliciter, nec ac si unus reus, alter fidejussor; sed quia uterque et reus et fidejussor, res eo deducatur ut conveniatur pro parte, quod ejus citra fraudem creditorum fieri potest. Et ita ex parte quisque in effectu fruitur beneficio fidejussoris, *d. Nov.* 4. tributo. Ita noster *d. C.* 13. *n.* 2. *et* 4. *seqq.* Expedite, ut videtur, et feliciter. Et de aliis correis jus vetus Justinianum non mutasse, Hopper. *Lib.* 2. *πιθανῶν pag.* 60. Quantumvis refragetur A. Fab. 11. *Con.* 4. quod Gr. passim ἀλληλέγγυοι, qui Correi debendi (sed locus non profert Faber: profert sane quosdam Gœddeus idem pene sentiens *de Contr. stip. Cap.* 5. *n.* 160. sed quos non operosum videtur eludere, nam et compositio ac analogia similia resistunt) quod *dict. Nov.* 99. *Cap.* 1. §. 1. dicatur: *Sic omnes rei obligabuntur.* (Sed intellige scilicet de quibus præsens disponit constitutio, alias ad quoscunque indistincte debitores hoc referendum foret, quod nemo admittet, nec enim dicit Imperator *omnes correi.*) Quod denique frustra juris ratio quæratur in iis, quæ dissentanea Justinianus Jurisconsultorum sententiis constituit. Unde etsi DD. vulgo non in modo constitutionis, sed exsecutionis ac exactionis *d. Nov.* 99. quid innovasse putent, ipse tamen et in hoc correctum jus vetus, quod non uti antea sufficiat correos simpliciter accipi ut solidum quisque debeat, sed si non caveatur ut in solidum singuli teneantur, etiam ab initio non nisi partes eos debere, etc. Minus probanda eorum opinio, qui, correos simpliciter acceptos et ita omni casu vice mutua fidejussores esse, voluerunt, decepti *L.* 11. *pr. hoc tit.* ut et Connan. 6. *Com.* 5. *n.* 16. Quin imo nunquam id admittendum, nisi nominatim actum sit, vid. Donell. noster *ad hoc tit. Cod. C.* 11. Anton. Fab. pluribus id satis exacte firmans 11. *Conject.* 2. ubi et mediam Cujacii opinionem 4. *Afr. in L.* 7. §. *ult. ad Vellej.* quod non quidem fidejubere, sed intercedere tamen mutuo, videantur, convellit.

1. *L. reos*, *C. de fid.* Denique petitio hæc de qua loquimur, litis contestatio est. Non solet deterior conditio fieri eorum qui litem contestati sunt, quam si non essent, sed plerumque melior: ad hoc enim judicium comparatum est. *L. non solet*, *L. nemo enim*, *D. de reg. jur.* Atqui ante litem contestatam eodem modo obligati, ut ante, aut si fieri potest arctius; saltem is, cum quo actum est.

XV. Cur ergo hic laboramus? Nihil nunc necesse esset, et maxime post superiorem constitutionem Justiniani, nisi quædam viderentur obstare, quorum explicatio non statim omnibus expedita est: quæ breviter diluemus. Hæc autem sunt in summa. Prius diximus, si unus ex reis stipulandi egerit cum promissore, totam priorem obligationem solvi etiam adversus alterum reum stipulandi: neque id alia de caussa, quam quod ea petitio novationem habeat? Tum autem in *L. 2. D. de duob. reis*, diserte hoc ipsum exprimi videtur. Sic enim verba sunt, ut Javolenus de duobus reis tam promittendi quam stipulandi loquens, una et eadem oratione dicat, ipso jure et singulis in solidum deberi, et singulos debere, ideoque petitione, acceptilationeque unius totam solvi obligationem. De quibus sic paucis habendum est. Petitio creditoris novationem habet, eoque et ea petitione prior obligatio solvitur; sed cum agenti expedit, quod fit cum sunt duo stipulandi rei: et agentis interest totam actionem petitione in eum transferri. Nequaquam autem tunc petitio eam novationem inducit, cum nocitura esset agendi novatio. Id quod futurum esset, si petitione cum uno ex reis promittendi instituta tolleretur adversus alterutrum ex reis obligatio: de quo satis dictum est in novatione. Quod autem dicitur in *L. 2. de duo. reis*, petitione unius totam solvi obligationem, petitionem unius accipere debemus, non eam qua cum uno ex reis promittendi agitur, sed eam qua unus reis stipulandi cum promissore agit. Non quod si verbum petitionis in superiore oratione tam passive, quam active accipi posset, non utroque modo deberet in ea definitione accipi, cum definitio tam de actoribus, quam de iis cum quibus agitur, concepta sit: sed quod petitio unius non de alio dici possit salva proprietate latini sermonis, quam de eo qui petit. Si quis est enim, cum quo agitur, non ejus petitio, sed ab eo petitio esse dicitur. Et ita loquitur Pomponius in *L. viæ*, *D.* de ser. *Si stipulator viæ*, inquit, *decesserit pluribus heredibus relictis*, *singuli solidam viam petent; et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.* Quod si quis præfracte tueri volet verbum petitionis illic promiscue usurpari, pertinereque tam ad reum quam actorem; non contendam: sed huic respondendum erit, constitutione Justiniani [8] emendatam in hac re Javoleni sententiam.

XVI. Quod de duobus reis promittendi, debendive diximus, probandum est in omnibus qui sunt participes ejusdem obligationis. *L. si ex pluribus*, in pr. *D. de accept.* ut in pluribus, qui ob tutelam aut non administrandam, aut male administratam communis culpæ nomine in solidum tenentur. Nam et in his uno de re tota liberato, placet alterum eo nomine liberari. *L. si pupillus*, *D. de adm. tut.* Verum ita, si unus liberatus sit plane, id est ipso jure, ut solutione, novatione, acceptilatione. Quod si pupillus post pubertatem cum uno transegerit tantum pacto, placet transactionem nihil prodesse alteri, similiter ut in duobus reis fieri diximus. *L. si ex duobus*, *D. de tut. et rat. dist. L. 1. C. de trans.* Sic et si unus promisit creditori, quod alius debet non novandi animo, ita duo incipiunt obligari, ut tamen res una ab utroque [9] debeatur. Quæ res facit, ut placeat hic quoque uno solvente alterum liberari. *L. si Stichum*, 8. §. *ult. D. de novat.* Hæc ideo, quia alioqui evenerit, ut bis idem exigatur: quod jus non patitur. *L. bona fides*, *D. de reg. jur.*

CAP.

8) Ita et Donell. noster *ad L. 23. Cod. de fidei. n. 2. et ad h. tit. Cod. C.* 8. *n.* 5. Curt. 1. *Conject. ad Vir.* 8. aut *d. L. 2.* aboleri per *L. ult. Cod. de fidei.* aut petitionis verbum ad effectum perceptionis trahendum per *L. 4. de his qui dejec.* et Pac. 4. Q. 78. petitionem cum effectu accipit, si scilicet exactum etiam fuerit. Sed melius noster.

9) Sed nec sola stipulatione, verum et mutuo aliisve contractibus, quin et testamento plures correi fieri possunt vid. Donell. *ad hunc tit. Cod. C.* 12. Connan. 6. *Comm.* 5. *n.* 4. Gœd. *de Contr. stipul. C.* 5. *n.* 115.

CAP. XXVI.

Accessiones principalis obligationis, quæ: et quæ earum propria liberatio.

Principali obligatione sublata liberari ultro, tollique accessiones. I.
Accessionum tria genera, et quæ. II.
Reo principali jure ipso, vel per exceptionem liberato illico et fidejussores liberari, etiam ignorantes et invitos. III.
Si tamen in debitore sit liberatio rei, non personæ dumtaxat. IV.
Aut fidejussori sua ipsius mora non noceat. V.
Fidejussorem aliquando petitione creditoris liberari, aliquando secus; et qualis uterque casus. VI.
Fidejussoris autem liberationem et ad reum pertinere. Et quibus id modis contingat. VII.
Liberato debitore, et actione personali submota pignora etiam liberari. VIII.
Contrarii: occurritur. IX.
Emendatur L. 2. Cod. de luit. pignor. X. VIII.
Sortis obligatione sublata, et sic debitore liberato nullas omnino deberi usuras ex jure Justinianeo. Quid ex veteri jure. XI.
Quorsum de liberationibus tractatum. Aditus ad alteram quæ de juris obtinendi ratione est, partem. XII.

I. POstremo et accessionum sua quædam propria liberatio est, nihil commune habens cum iis, quas communes supra posuimus. Ea autem in universum hæc est, ut sublata principali obligatione, sua sponte liberentur tollanturque [1] accessiones, quanvis nihil cum his, aut de his actum fuerit, nihil intervenerit denique, quod earum nomine solutionem aut satisfactionem haberet. Id accessionum generibus propositis cum in unoquoque constitutum fuerit, certius intelligetur.

II. Accessionum principalis obligationis tria genera sunt: Personæ pro aliis intervenientium; quo in numero sunt fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei: res pro debito obligatæ, cujus generis sunt pignora et hypotecæ; tum earum rerum præstationes, quæ ex mora extrinsecus accedunt, quales sunt usuræ sortis, et in arbitraria actione de eo quod certo loco promissum est, id quod interest rei auctorisve suo loco potius solvi, quam alio in quo nunc petitur. Ideo accessiones hæc omnia; quæ principali obligationi ita accedunt, ut sine ea cui accedant, esse non possint. Sic sunt, et nominantur fidejussores, in §. *fidejussores Inst. de fid. L. in omnibus speciebus, D. de sol.* Similes que est mandatorum, et pecuniæ constitutæ obligatio. Sic pignora, quæ nisi pro debito non obligantur. *L.* 5. *D. de pig. d. L. in omnibus, de sol.* Sic dicuntur usuræ sorti accedere, ut nec sine ea consistant, in *L. lecta*, vers. *sed cum sortis, D. si cert. pet.* Sic utilitas actionis arbitrariæ ob id quod alio loco quid petitur, quam constituto. *L. ult. D. de eo quod cer. loc.* De his, inquam, omnibus una hæc generalis definitio est, obligatione principali sublata, et liberato reo, liberari et tolli accessiones: puta, fidejussores, pignora, usuras, et quæ sunt ex superioribus similia: exstat definitio in *d. L. in omni-*

1) *L.* 7. *Cod. de remiss. pig. L.* 59. *ad Trebel.* Hotom. 6. *Obs.* 13. Gomez. 2. *Resolut.* 13. *n.* 20.

omnibus, *D. de sol. L. novatione*, *D. de novat.* Sed quoniam hoc jus non usquequaque perpetuum est in singulis generibus supra scriptis, aut etiam in his nonnullam dubitationem habet, interdum et aliquid amplius est ad propriam liberationem; necesse est genera ipsa singula spectari separatim, et quid horum unumquodque hic proprium habeat, animadvertere.

III. De fidejussoribus ergo ita jus est, et sub persona fidejussorum de mandatoribus, et pecuniæ constitutæ reis, quocumque modo liberatus sit reus principalis; eodem jure liberari et fidejussores etiam ignorantes et invitos. *d. L. in omnibus*, *de sol.* Accessionis hæc conditio est, ut sine principali caussa cui accedit, non consistat. *L. cum principalis*, *D. de reg. jur.* Itaque nihil hic interest, libereturne reus principalis [2] ipso jure, an per exceptionem. Ipso jure, ut solutione, novatione, acceptilatione. *L. novatione*, *D. de novat.* Per exceptionem, ut pacto, jurejurando, re judicata. Inde dictum exceptiones reo competentes cæteraque commoda rei etiam invito reo fidejussori [3] competere; dum exceptiones sint caussæ, non personæ cohærentes. *L. ex persona*, *D. de fid. L. exceptiones*, 7. *D. de. exc.*

IV. Tantum hic exigimus idem quod in duobus reis promittendi, ut in debitore quidem liberatio sit rei, non personæ: in fidejussore autem, ne quod factum suum ei obstet, quominus liberetur. Debitor principalis si liberatur ita, ut liberetur et eximatur tantum persona manente obligatione, nihilominus et obligari potest fidejussor, et si ante acceptus esset, manet obligatus. *L. ultim. D. de duob. reis.* Veluti, si reus dato fidejussore deportatus sit, aut si alia damnatione bona ei aut pars bonorum [4] adempta, *d. L. ult. de duo. reis. L.* 1. *C. de fid.*

V. Sed etsi animal promissum interierit sine mora et facto debitoris, sed cum fidejussor moram fecisset in eo solvendo, aut id occidisset; regulæ juris faciunt, ut debitor eo interitu liberetur: *L. si ex legati*, *D. de verb. obl.* atque adeo et summo jure fidejussor, qui cum accessio sit principalis obligationis, principali caussa sublata non habet, ubi tanquam accessio consistat. *d. L. in omnibus*, *de sol. L. cum principalis*, *D. de regul. jur.* Sed cum iniquum sit ei moram suam prodesse, quæ potius unicuique nocere debet: *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *D. de reg. jur.* iniquius eum facto suo liberari, et eo modo deteriorem conditionem creditoris facere: *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *D. de verb. obligat. L. factum cuique. L. non debet alteri*, *D. de reg. jur.* visum est æquum esse, ut fidejussor in hac specie, quanvis liberato reo, tamen mora et facto suo perpetuet adversus se obligationem, teneaturque si minus directa actione, quam subtilitatis juris non admittit, at certe [5] utili. *L. mora*, 88. *d. L. si servum*, §. *nunc videamus*, *D. de ver. obl. L. mora*, in fin. *D. de usur.*

VI. Præter superiorem liberationem fidejussoris vere accessionis tantum propriam, sciendum est esse et in persona fidejussoris has duas proprias, ut liberatur ipse interdum sola petitione creditoris: idem quoque quanvis suo nomine liberatus, tamen reum principalem liberet. Petitione creditoris liberatur fidejussor interdum pro parte, ubi pro parte conventus est a creditore. Sed id uno tantum hoc casu contingit, cum plures sunt ejusdem rei fidejussores, et creditor simul egit cum omnibus pro diviso ita, ut a singulis partem cujusque peteret. Qui hoc fecit, aperte divisit petitionem inter fidejussores. De hac divisione ita scriptum est in *L. liberum*, *C. de fidejuss.* juris rationem non pati petitionem ita divisam, post litis contestationem redintegrari. Quo significatur ita cœpisse ea petitione a singulis pars peti, ut nec post litis con-

2) De quo fuse et sigillatim Ant. Hering. *de Fidejuss. C.* 20. *per aliquot* §§.

3) Reales et personales, ut Hering. *d. tr. C.* 27. *P.* 4. sigillatim per exempla ostendit. Quin et privilegiis principalium fidejussor, uti vult Georg. Acac. Enenkel *Lib.* 2. *de Privileg. C.* 4. *n.* 127. Quoties autem fidejussori, si postea solverit, actio nulla contra principalem, toties exceptio debitori parta illi non prodest *L.* 32. *de pact. et simil.* vid. Cujac. 19. *Obs.* 29. Beust. in *L. admonendi* 31. *de Jurejur. n.* 350. *et seqq.*

4) Ubi parte bonorum publicata in solidum obstrictus manet fidejussor. Quia obligatione principalis non perempta, sed fiscus successor tenetur *L.* 2. *C. ad L. Jull. de vi L.* 16. §. *ult. de his quæ ut indig.* Donell. noster *ad d. L.* 1. *n.* 1. *et* 2. Connan. 6. *Comm.* 7. *n.* 12. Bron. 4. *Ass.* 56. Ideoque in specie *L.* 4. *pr. D. Si quis caut.* fidejussor liberatur, quia ibi fiscus obligationi non succedit, Donell. d. loc. aliter Cujacius 19. *Obs.* 24. et A. Fab. 11. *Conject.* 2. speciale esse in cautione judicio sisti *d. L.* 4. *pr.* et Judicatum solvi *L.* 5. *Qui satisd. cog.* quia conditio fidejussionis deficiat, cum capite minutus debitor sisti, in eumve sententia ferri nequeat. Atque hinc verba *integro manente statu* adjecta *in L.* 11. *C. de exc.* sentit Cujac. 15. *Obs.* 35. Quid si creditor possideat bona principalis, atque ita is liberatus, et an fidejussor? Non: *L.* 21. §. 3. *de fidei.* nisi bona idonea fuerint, et suum creditor receperit *L.* 45. §. 11. *de I. fisci.* Cujac. *d. C.* 35. Et Cessio bonorum principalis non prodest fidejussori, sed potest creditor spreto debitoris beneficio contra fidejussorem procedere §. *ult. I. de replicat.* ubi ratio, quia hoc egit fidejussorem accipiens ut lapso facultatibus debitori a fidejussore suum servet, Cujac. 19. *Obs.* 29. Coler. *de Proc. exsec. P.* 1. *C.* 6. *n.* 113. *et C.* 8. *n.* 34.

5) *L.* 38. §. *pen. L.* 95. §. 1. *in fi. de solut.* Cui non obstat *L.* 19. *de dolo*. vid. *supra Lib.* 15. *C.* 41. *N.* 24.

contestationem amplius peti possit a singulis; atque ita singuli pro reliquorum portionibus jam non teneantur, quanvis solvendo non sint, ac nec tunc fuerint, cum lis cum omnibus contestabatur. Sed huic liberationi partis tantum locus est, cum ea concurrunt quæ dixi. Quod si aut unus tantum sit fidejussor, cum quo de parte actum sit, aut plures, quorum cum aliquibus separatim actum sit vel in solidum vel pro parte; nunquam ea petitione qui convenitur, aut cæteri ulla ex parte liberantur, nec prohibetur creditor non satisfaciente eo, qui convenitur, ad alios [6] redire. *L. reos*, *C. de fidei.*

VII. Habet et hoc proprium fidejussoris liberatio, ut converso modo ad reum quoque liberandum pertineat. Et si quidem fidejussor solvit aperte nomine debitoris, etiam jure communi fit, ut debitor liberetur, nam et hoc quivis extraneus faceret. *L. solutione*, *L. solvere*, *D. de sol.* Sed hoc proprium, ut si suo nomine solverit, non liberetur quidem debitor ipso jure, at liberetur per exceptionem. *L. Papinianus*, *D. mand.* *L. si filiusfamilias*, *D. de in rem ver.* placetque eum in re dubia videri suo potius quam alieno nomine solvisse. *L.* 4. *D. de sol. d. L. Papinianus*, *mand.* Secundum quam distinctionem accipi debet, quod scriptum est *Inst. quib. mo. tol. obl.* in pr. si fidejussor solverit, non ipsum solum liberari, sed etiam reum: ut et Accursius eo loco recte accepit. Quod si solutione fidejussoris liberatur reus, consequens fuit, ut liberaretur et fidejussoris acceptilatione: quod et placuit. *L. et per*, §. *si fidejussori*, *de accept.* Nam hæc imaginaria solutio est, et solutionis exemplo liberat. §. *item per*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* *L.* 5. *D. de accept.* Eadem ratione probatum est, si fidejussor juraverit non se non fidejussisse, sed a reo nihil deberi, jusjurandum prodesse etiam reo: quia jusjurandum solutionis loco haberetur. *L. in duobus*, §. 1. *D. de jur.* Eo fit, ut non idem probetur in pa-

6) Olim autem et ante *L. ult. C. de fidejuss.* fidejussorem liberatum sola conventione rei, etsi integrum ab eo non consequeretur creditor, putat A. Fab. 1. *Conject.* 17. probari ex *L.* 45. §. *ult. Mand. junct.* §. *præced.* sic arguens. Creditor qui mandato fidejussoris reum convenit, similis ei qui mandato debitoris ab alio stipulatur quod sibi debetur, periculo tamen mandantis. Ergo ut illic per delegationem debitor liberatus, ita hic electione rei fidejussor. Hinc, ait in *Leg.* 84. *de sol.* electione servi liberatur fidejussor, qui pro eo intercessit, etsi non integrum solverit, quia si integrum solvisset, nulla esset *dict. Leg.* 84. dubitandi ratio. Non vero electione domini a quo non acceptus. Atque his permotus in *L.* 21. §. 3. *de fidejuss.* negatione inserta legit *non manere*, quasi velit IC. eo casu principalem obligationem superesse, fidejussoria extincta. Contra quoque electo fidejussore accepto ab illo judicio reum liberari per *L.* 11. *Mand.* Ex quibus hoc posterius (nam quoad prius consentit ei Cujac. 23. *Obs.* 25. *ex* 2. *Sent. Pauli* 17. §. *pen.* Hering. *de Fidei.* *C.* 20. §. 13. *n.* 13. *et seqq.*) ut ab omnium sententia ita et a vero cum primisque a bono et æquo longissime abest. Quæ firmandæ et adstringendæ obligationis principalis gratia accessit, quæque securiorem creditorem reddere debuit fidejussoris acceptio, qui quæso aliter minuere, nedum tollere, unquam potuit illam, extra quam si solutione aliove modo plene creditori satisfactum. Nunquid injustum lucrum ita debitori cum evidentissimo creditoris damno contra juris naturæ rationem indigne tribuemus. Quando cum fidejussore creditor cum effectu egit summa ratio est, ut principalis liberetur, ne contra bonam fidem bis idem creditor exigat, neve idem bis debitor, creditori videlicet et fidejussori, solvere cogatur. Juste namque recusat tunc debitor solutionem creditori, cum mandati actione a se solutum fidejussor repetere possit. Ac ut forte aliquando non possit, si donandi animo fidejusserit, liberalitatem soli ei proficere, cui voluit qui eo animo fuit, æquum est. Qua vero fronte hic conventus debitor solutionem recusabit, qua fide retinere postulabit, quod ex caussa onerosa accepit, pro quo sibi nihil tunc vicissim abest, absuturumve metuitur, cum fidejussori ex eo solo quod ab eo petitum, si non solverit, nullus contra eum possit dari regressus, etc. Quin si electione unius correorum alter non liberatur *C. præc. N.* 2. minus conventione fidejussoris principalis. Sed nec convenit diligentiam suam cuiquam fraudi esse, cum jus vigilantibus scriptum sit *L. pen. in fin. Quæ in fraud. cred.* et benignitatem creditoris, qui voluit prius fidem ejus, cui principaliter credidit experiri et successum periclitari ipsi nocere. Quod fieret jure veteri, si conventio principalis fidejussorem liberaret. Denique et ex ratione juris antiqui, nullius agendo fit deterior conditio, nec novatio necessaria judicio nisi ut actori proficiat, *supra Cap.* 20. *n.* 37. Quare si maxime ea Pauli fuerit opinio, nec *d.* §. *pen.* corruptus: non tamen omnium prudentum sententia *dict. L.* 21. §. 3. Minime itaque probanda corruptio *dict. L.* 21. §. 3. et sententiæ perversio. Quin sic ibi arguit Africanus. Uti si bona debitoris consequutus creditor, fidejussor obligatus manet, si scilicet ex illis plene non satisfactum: ita contrario casu fidejussore hereditario jure bona creditoris adepto obligatio principalis debitoris non perempta. Sive jam dixeris plane liberatum debitorem, possessione rerum creditori data, ut Cujac. 15. *Obs.* 35. sive non penitus, cum si quid postea quæsiverit, rursus ab eo exigi possit, ut A. Fab. *per L.* 3. *C. de bo. auct. jud. poss.* (quæ tamen de diverso casu cessionis bonorum loquitur) nihil refert, modo in eo conveniat similitudo, in quo debet. In eo nimirum quod neque adeptio bonorum creditoris principalem, neque bonorum debitoris fidejussoriam obligationem exstinguat. Nec quidquam minus, quam illam Fabri sententiam *d. L.* 45. §. *ult. d. L.* 84. inferunt, magisve infirmant. Nam verba ipsa, *d.* §. *ult.* habent *sequenti mandato* (id est actione fidejussoris contra reum principalem in solutum data creditori, Gœd. *de Contr. stip. C.* 5. *n.* 92.) *liberari fidejussorem ex priore caussa*, non vero electione rei actioneve contra eum intentata. Ac in eo similitudo: quod uti cui delegatus est debitor periculo creditoris, quod minus a delegante servare potest, in id mandati contra delegantem experitur: ita et qui mandato fidejussoris cum reo experitur, quod minus ab eo servari potest, consequatur a fidejussore, non quidem actione ex stipulatu, quæ sublata est mandati acceptione, saltem per exceptionem, sed mandati actione *L.* 22. §. 2. *d. t.* Sic *in d. L.* 84. *de solut.* clare dicitur ipsa actione de peculio ex servi contractu cum domino, non liberari fidejussores, si scilicet solidum non exactum, nec tantum fuit in peculio, sed solutione *L.* 38. §. 2. *d. t.* Quo nihil magis Fabro adversum. Ex negociis enim servi solus dominus principalis et civilis debitori, nec servus vel agere vel conveniri potest, ut inconveniens sit Fabri distinctio inter electionem servi et domini. Quasi vero contra servum ipsum jure tenere possit actio. Denique minime omnium alterum Fabri opinionis membrum de reo per solam conventionem fidejussoris liberato, quod tanta absurditate, ut ostendimus, laborat, probatur ex *dict. L.* 11. *Mand.* Nam ibi non conventus tantum fidejussor, sed *damnatus* ac in eo fuit ut jam solvere deberet. Quia autem adita hereditate creditoris facta confusio, nec jam est cui solvat, perinde habetur ac si pecunia ei abesset, quam et habiturus, si sine confusione esset. Nam si solvisset vivo creditori, utique eam pecuniam solutam in hereditatem reperisset. Ideoque mandati actionem habet contra reum tanquam solutione sua, aut quæ ejus vice confusione, liberatum. Quod si, de quo nobis lis, inauditum fidejussore convento, aut nihil, aut minus ab eo exactum, actionem mandati dare fidejussori sane et contra naturalem rationem, ad repetendum id quod non abest. Quæritur Num contra principalem et termini prorogatio liberet fidejussorem? Negatur, Vid. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. P.* 1. §. 12. *limit.* 6. *n.* 55. Tessaur. *Dec.* 125. Kœpen. *Q.* 40. Gœd. *de Contr. stip. C.* 12. *Concl.* 10. Hering. *de Fidei. C.* 20. §. 12. qui vult idem esse etsi ad tempus acceptus. Sed contra dispositum *Nov. Aug. Elect. Sax. divæ memoriæ* 19. *P.* 2.

cto fidejussoris. *Fidejussoris*, ait Paulus, *conventio nihil proderit reo, quia nihil ejus interest a reo non peti.* L. fidejussoris, *D. de pact.* Adde nec pactum pro solutione esse ut jusjurandum. De quo dixi superiore *Capite in duorum reorum promittendi liberatione.*

VIII. De pignoribus et hypothecis certa hæc et rata sententia esse debet, quocumque modo liberatus sit debitor, cujus nomine pignora obligata erant, sive liberatus sit ipso jure, sive per exceptionem, dum modo res soluta sit, non persona exempta; continuo et pignora ut accessionem liberari. *L. in omnibus*, *D. de solut. L. solvitur. L. item. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Nam quod scriptum est in *L.* 2. *C.* de luit. pig. *intelligere debes vincula pignorum durare personali actione submota*: aperte vitiosa est scriptura, et negative legendum: *vincula pignorum* [7] *non durare.* Jam primum generalis hæc definitio est, personali actione submota vincula pignorum non durare. In qua si quid falsum est, totam definitionem falsam efficit; si maxima pars, multo magis. Quod si certo jure in totum falsa est, quis dubitet ita nec definiendum, nec legendum esse? Atqui si ipso jure liberatus est debitor, omnes consentiunt pignus liberari. *L. acceptam*, *C. de usur. L. novatione*, *D. de novat.* Sed etsi liberatus sit tantum per exceptionem, veluti si creditor pactus sit, ne ab eo peteret, idem juris est. *d. L. solvitur. L. item, quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Et quod de uno hoc genere exceptionis dicimus, pertinet ad omnes. Quidni? non est enim pignus, nisi res pro debito obligata, ut ubi nihil debetur, ibi non possit esse pignus. *L. res hypotecæ*, *D. de pig.* §. *item Serviana*, *Inst. de act.* At non debet, quisquis habet exceptionem perpetuam: quoniam ab eo invito pecunia exigi propter exceptionem non potest. *L.* 3. §. 1. *D. de pec. const. L. debitor*, *D. de verb. sig. L. lecta*, vers. *sed cum sortis*, *D. si cer. pet.*

IX. Proferuntur tamen vulgo contra species duæ, in quibus reperisse se putant actionem personalem submotam, pignus tamen durare. Sed falso. Una est in actione quæ submota sit præscriptione temporis: hæc enim removetur exceptione triginta annorum. At etiam post durat hypothecaria: quandoquidem dicitur hæc durare quadraginta annos. *L. cum notissimi*, §. 1. *C. de præs. trig. annor.* Hoc vero posterius illi concedi non oportet. Dicitur hypotecaria durare quadraginta annos: sed ita, si nihil aliud ei objiciatur, quam præscriptio temporis. Quod si solutione, novatione, acceptilatione, pacto sublata sit principalis obligatio, nemo dicet hoc casu hypotecariam durare tot annos, cum nulla supersit hypotheca, quæ vel in minimum tempus prorogetur: utpote his modis sublata principali obligatione, qua sublata necesse sit et pignora liberari. *L. in omnibus*, *de solutionib.* Quod si concedunt tunc, cum aliis modis et alia exceptione personalis actio submota est: cur dubitemus idem intelligere, cum principalis obligatio præscriptione temporis amissa est? Durat ergo hypotecaria quadraginta annos: sed tunc, cum durat etiam personalis actio: quod fieri potest. Finge enim ea actum esse cum debitore, et præscriptionem temporis conventione interruptam. Altera species vulgo adfertur, quæ plane ad id quod [8] volunt, nihil pertinet: In duobus heredibus debitoris videlicet, quorum unus partem solvit: quem placet portionem suam ex pignoribus nihilo magis recipere posse. *L.* 1. *C. de pig.* Et quid hic proponitur, cur videatur personali actione submota pignus durare? Nam qui solvit partem, pro parte liberatur: sed et pro parte ejus liberatur pignus: ut si tenetur adhuc pignus, non teneatur nisi pro parte ejus, qui nondum solvit, et cui obligatio personalis adhuc non est submota. Atenim dicitur pignus adhuc in solidum durare, sed durat pro parte ejus tantum, qui non solvit. Sic enim conditio est pignoris, ut quandiu non est integra pecunia creditori soluta, si vel minimum desit, tamen pignus teneatur in solidum, et jus sit creditori solidum vendere. *L. quandiu*, *C. de dist. pig.*

X. Cumque hæc sententia certi juris est, personali actione submota pignus non durare: tum vero hanc statui a Gordiano, et ita ab eo scriptum fuisse: cum ejus verba indicant, tum mos per-

7) Ita et noster *ad d. L.* 2. pluribus probans *et ad L.* 26. *pr. C. de Us. n.* 3. Forte de eo dicendi locus *in Tr. de Pig.*

8) Cujac. 5. *Obs.* 32. quem et refellit Ant. Fab. 7. *Conject.* 18.

perpetuus Imperatorum de jure respondendi. Ait Gordianus, *intelligere debes*. Quæ verba sunt Imperatorum de jure aperto respondentium, et quodammodo increpantium consultorem, quod consuluerit de ea re, de qua dubitare non debuerit, cum intelligere deberet jus certum ita esse, ut nunc respondetur; ut patet ex similibus locis, ut *L. cum proponas, C. de pact. L. si maritus, C. de don. int. vir. et uxor.* qualia et hæc sunt, cum respondent, perspicis, intelligis, ut *L. si actionem, C. de pact. L. cum proponas, C. de trans. L. cum dotem, C. de jur. dot.* At nemo unquam dixit jus certum esse, pignus durare etiam personali actione submota: cum potius jus certum sit in contrariam sententiam, vel in totum, vel certe, quod omnes fatentur, ita in maxima parte liberationum, ut una tantum species excipiatur, aut ad summum una atque altera: ut profecto concedendum sit, si consultor de ea dubitaret, non debuisse increpari, quasi intelligere deberet ita esse, quod nemo veterum intellexit, aut sensit. Adde morem respondendi, quo Imperatores de re aliqua consulti uti solent. Qui quoties consuluntur de ea specie, in qua de jure non in universum sed sub conditione tantum definiri potest, nunquam respondent nisi addita ea conditione, quam et distinctione declarant: ut videre est in *L. ut responsum, C. de trans. L. precibus, C. de imp. et al. subst.* Jam vero in proposito si quando verum esset, personali actione submota pignus durare, id non fieret nisi certa conditione, et certa in specie liberationis, ut omnes etiam qui lectionem vulgarem sequuntur, coguntur fateri. Proinde si Gordianus id scripsisset, etiam hanc conditionem adderet, et juberet consultorem dispicere, nam ea evenisset, minime autem generaliter definiret id, in quo distinctione esset opus. Quod cum non fecerit, dubitandum non est, quin non ita scripserit, sed responderit in contrariam sententiam, pignus scilicet non durare personali actione submota: generaliter ita definiens, quod et perpetuum erat: et quia erat certi juris, idcirco etiam consultorem increpans, quod de eo dubitaret.

XI. De usuris hæc quoque sententia rata est, debitore liberato et sublata obligatione sortis, sive ipso jure id factum sit, ut solutione, novatione, acceptilatione; sive per exceptionem, ut pacto; amplius usuras non deberi, seu amplius usuras non currere. Id in debitore ipso jure liberato passim traditum, ut *L. acceptam, C. de usur. L. novatione, D. de novat. L.* 1. in fin. *L. debitor, D. de usur.* Idem scriptum de debitore per exceptionem liberato, in *L. lecta*, vers. *sed cum sortis, D. si cer. pet.* Sed cum dicimus amplius usuras non currere, de futuri temporis usuris loquimur: quas minus mirum est amplius non deberi, cum neque accesserint antea, neque jam supersit ulla obligatio, cui postea accedant. Quæritur potius de præteritis, quæ manente adhuc obligatione cesserant, etiamne hæ sublata obligatione sortis desinant deberi, nec peti possint. Et jam olim jus certum fuit, ne has quidem peti potuisse, si eæ essent, quæ officio judicis præstarentur in bonæ fidei judiciis: quia hic non duæ essent actiones, alia sortis, alia usurarum: sed una sortis, circa cujus executionum officio judicis ratio usurarum haberetur. *L. 4. C. depo. arg. in L. centum, D. de eo quod cer. loc.* Quod si debebantur usuræ per stipulationem, quæ jam ante commissa sit sæpius, non immerito videri potest, quanvis sublata sit petitio sortis, tamen manere debere obligationem usurarum: quoniam duæ fuerunt ut stipulationes, ita actiones diversarum rerum: quarum una sublata non ideo consumit alteram. *arg. in L. centum, de eo quod cer. loc. L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. furt.* Sed Justinianus hanc dubitationem sustulit, et cavit sublata principali obligatione sortis licet per exceptionem, ne usuras quidem præteriti temporis, et quæ ex stipulatione debebantur, peti posse: quasi absurdum esset principali actione non subsistente judicem de accessione cognoscere: hanc enim rationem ille reddidit: hoc ille in *L. eos*, in princip. *C. de usur.* Quod de usuris jus est, idem placuit et multo magis de ea utilitate, quæ ob id quod alio loco quam constituto agitur, officio judicis arbitrariæ actioni accedit: ut sorte soluta etiam de ea utilitate cesset officium judicis. *L. centum, L. ult. D. de eo quod cert. loc.*

XII. Atque hæc hactenus de liberationibus et solutionibus, quibus omnem solvendæ obligationis, et debitoris liberandi rationem contineri puto. Tractatio eo collata, ut in quæstione ejus quod nobis debetur, intelligeretur, quod aliquando nobis deberi cœpisset, si in eo debitor aliquo modo ex iis, qui supra expositi sunt, liberatus esset, exinde tam incipere non deberi, quam si nihil unquam debitum fuisset, ideo quidquid id fuit, amplius in jure nostro habendum non es-

esse. Sin nulla liberatio intervenerit, tum demum quod cæpisset, etiam nunc perseverare, ac vere dici deberi, ut in jure nostro habeatur: id quod hac parte quærebamus. Quod si in eo quod est cujusque, hæc fuerunt summa duo, quæ numeraremus, id quod vere cujusque est proprium, et quod cuique debetur, ac de utroque dictum est: nihil superest, quominus quid cujusque sit tum in persona tum in rebus externis, satis dictum videatur, et ea pars juris latissime patens impleta, quam initio diximus positam esse in juris nostri cognitione. Qua posita, restat pars altera, quam eodem loco proposuimus versari in ejus juris quod nostrum esset, obtinendi ratione.

CAP.

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE JURE CIVILI
LIBER DECIMUS SEPTIMUS.

De altera parte juris Civilis privati, posita in juris nostri obtinendi ratione.

CAPUT I.

Quæ sit ratio juris nostri obtinendi.

Hujus et seqq. Librorum nexus cum superioribus. I.
Controversa res amicorum consilio transigenda potius, quam in forum deducenda; et quare. II.
Est vis, qua jus nostrum obtineamus ab invito, jure civili admissa, et constituta. III.
Eadem tribus munienda cautionibus; et quæ illæ. IV.
Legitima vis quid sit, a quo adhibenda, et quæ huius inferendæ ratio. V.

I. FRustra aliquid nostrum esse, aut ad nos pertinere jus jubet; frustra statuit esse, quod nobis debeatur ab alio, et simul hujus juris caussas ostendit, nisi quod nostrum esse statuit, id etiam consequi et tenere liceat. Quare cum prius illud constabit, qui nostrum cujusque sit, de quo a me antea superioribus libris dictum est; proxima cura esse debet, ut si quid hic nobis ab alio præstandum est, de eo obtinendo cogitetur.

II. Et si amica petitione; aut qua alia honesta ratione impetrari potest ex consensu, ut qui debuit, præstet, consultissimum est ea uti atque adeo hanc omnibus modis experiri potius, quam ad vim et ordinarias judicio agendi vias facile decurrere. Nam cum ipsum per se contendere durum est, et sæpe turpe: tum vero in judiciis magnæ molestiæ devorandæ sunt, multi sumptus et magni sæpe [1] faciendi, et quod acerbius est, periculum anceps sententiæ subeundum, ubi fie-

1) Facit *L.* 6. *de min.* *L.* 7. §. 1. *de tribut. act.* Hinc Cic. 2, *Off.* esse non modo liberale nonnunquam de jure suo cedere, sed etiam fructuosum. Comes enim litis, non minus atque æris alieni, miseria ex sententia Chilonis aureis litteris Delphis consecrata, Plin. *Li.* 7. *C.* 32. Et Neviz. *Li.* 6. *Sylv. Nupt.* *n.* 8. Mediolani lapidi marmoreo sub adscensum palatii hæc insculpta legi memorat: In controversiis caussarum capitales inimicitiæ oriuntur, fit amissio expensarum, labor animi exercetur, corpus quotidie fatigatur, multa et inhonesta deinde crimina consequuntur; bona et utilia opera postponuntur. Et qui sæpe credunt obtinere, frequentius succumbunt. Et si obtinent, computatis laboribus et expensis, nihil acquirunt. Merito itaque vituperanda contentiosa perversorum hominum, litigandi consuetudine, quod Marcellus de Ægyptiis prodidit, lætissimorum cupiditas, vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 8. *Gl.* 7. *n.* 20. *et seq.* Micq. Hospit. *L.* 2. *Ep.* 1. Commendanda vero verecundia lites exsecrantium *L.* 4. §. 1. *de alien. jud. mut. ca.* Nec inde tamen, ut nec ex dicto Apostoli 1. *Cor.* 6. *vers.* 1. *et seqq.* omnem judiciorum usum, vel viro bono vel homini Christiano, interdictum esse, huicque etiam a justa contentione abstinendum esse recte infertur. Nam ut Ufill. *in Prœm.* *I. de act.* *n.* 17. non quia osores litium inanium laudantur, justi litigatores reprehendendi, cum et contraria esse possint, quorum neutrum reprehensioni subjaceat, ut ex eo, ait, quod virginitas laudanda, non sequitur nuptias improbandas, vid. Greg. 47. *Synt.* 1. *n.* 3. *et seq.*

fieri possit, ut cum superiora omnia pertuleris, tamen vincare, nec quicquam ex labore nisi molestiam et damnum auferas. Omninoque quod est apud Terentium in Eunucho.

> *Omnia prius experiri verbis, quam armis sapientem decet,*

licet de judiciis usurpare uno commutato verbo, ut sit sententia non minus vera et prudens, Omnia prius experiri verbis quam jure sapientem [2] decet. Sed hæc ratio [3] consilii et prudentiæ est, de qua quisque statuet apud se ut volet, pro commodo suo: nihil enim hic tale ante tentari jus jubet. Quin potius et de re ad jus nostrum pertinente, et de eo quod pure nobis debetur, statim dat actionem, cujus ea vis est, ut statim judicio rem persequi liceat.

III. Quod si quis aut gravatus omnem aliam moram jure suo statim uti constituit, aut omnia alia humana tentans eo modo suum obtinere non potest, vel quia adversarius latitat, vel quia præsens negat se quidquam præstare debere, vel aliter eludit et frustratur petitionem: si qua hic ratio restat nostri obtinendi, hæc restat omnino, ut vis adhibeatur, qua quod sponte quis non præstat, id obtinebatur ab invito: in eaque vi ratio obtinendi juris nostri posita est. Et ut hæc vis ad eam rem necessaria est, ita etiam admissa et constituta jure civili, et recte. Plusquam enim imperfecta lex est, quæ quod cujusquam esse jubet, id ei [4] effectum non dat.

IV. Sed ne quid hic peccetur in Rempublicam, et ne qua fiat injuria ei unde petitur, admissa hæc vis est certis legibus, in quibus hæc pars de rebus nostris vi obtinendis tota versatur. Leges hæ tres sunt. Prima, ne per quemlibet hæc vis adhibeatur: certe ne per eos, qui agunt, et sibi quid tribui postulant: sed per idoneas personas auctoritate publica præditas, quæ pro potestate jure possint et sine tumultu eum unde petitur, cogere. Secunda, ut quisquis erit, per quem eam vim adhiberi placet, non statim ad eam vim perveniatur; sed ordine et via: in summa, caussa cognita; ut convictus is unde petitur, damnetur: non convictus absolvatur, atque hoc modo neutri neque actori neque reo fiat injuria. Tertia lex, ut adversus condemnatum vis adhibeatur non quælibet, sed civilis, quæ dum sufficiat actori ad suum obtinendum, nihil acerbe persequatur, et quam minimum fieri potest, auferat reo.

V. Persona idonea, per quam adhibeatur ea vis, est magistratus, sunt judices ad eam rem publice constituti. Via eo perveniendi, judicium justum et recte ordinatum. Vis civilis est executio rerum judicatarum, remedia, jure prodita ad cogendos condemnatos, ut judicatis pareant. Atque his, inquam, rebus tanquam partibus omnis hæc ratio nostri obtinendi jure constituta continetur: ut cum de his cognoverimus, sit omnis hæc ratio nobis cognita. Describuntur vero eleganter hæ partes in. *L. negantes, C. de obl. et act.* his verbis: *negantes debitores non oportet armata vi terreri: sed petitore quidem non implente intentionem suam, vel exceptione submoto, absolvi: convictos autem condemnari, ac juris remediis ad solutionem urgeri convenit.* Remedia juris ad cogendos ad solutionem reos sunt, ea vis quam quærimus. Hæc

2) Verecundia debitoris non temere et subito judicio pulsanda. Quin ut Cic. *pro Quint. videndum quamprimum et quam minima cum molestia tota res transigatur.* Ac incivile est, hominem statim in jus rapere, cum res forsan amica compellatione vel compositione obtineri possit, Fr. Pollet. *Lib.* 3. *Hist. fori C.* 12. *pag.* 278. Quare denunciationibus prius conveniendi debitores, ut loquitur *L.* 10. *C. de pig.* Ubi non recte Cujacius 5. *Obs.* 31. denuntiationes accipit solemnes et testatas de reluendo pignores, quas præcedere illius venditionem oportet, quando vel convenit, vel alias id actum, ne pignus distrahatur, juxta *L.* 4. *de pig.* Neque enim de vendendo pignore ibi agitur, sed de vindicando ab extraneo possessore, Hotom. *in d. L.* 10. Sed conventio debitoris privata significatur. Qui si præsens sit, humanitatis ratio suadet eum prius interpellari de solvendo debito, quam realis actio intentetur contra possessorem. Nam si is solvet, eadem opera consulitur creditori, et possessor non inquietatur, Donell. noster *ad d. L.* 10. Quod si itaque quandoque humanum est tentare, num res per alium salva esse possit, ne alius judicio pulsetur *d. L.* 10. magis convenit ipsum reum prius interpellare. Quo facit *L.* 13. *pr.* ibi *qua de re volo cum Hibero loquaris de serv. urb.* unde Cujac. 18. *Obs.* 38. hujusmodi monitionibus Jurisconsultos operam dedisse, et auctoritate eorum, idem quod judicio impetratum sæpe fuisse notat. Neque enim illa verba sunt Jurisconsulti, sed consulentis Cujac. *d. lo.* Duar. 2. *Disp.* 28.

3) §. *appellamus* 15. *in fi. I. de act.* Cujac. 5. *Obs.* 31. Et de urbanitate fieri debere interpellationem *Gl. et DD. vulgo ad d. L.* 10. *C. de pig.* Tametsi omissa ea actor expensas in citationem factas, si citatus solvere paratus sit, reposcere nequeat *C. novit. de jud.* Rosbach. *Proc. tit.* 10. *n.* 14. Arnold. ab Haersolte *in Proleg. de act. in genere n.* 84. Arnold. de Reig. *in Thes. juris fol.* 227. Sed etsi boni judicis sit omni cura minuendis litibus studere *L.* 21. *in fi. de reb. cred.* et amicabilem compositionem inter partes tentare *C. ult.* §. 1. *C.* 5. *Q.* 2. *et simil.* post alios Wes. *Cons.* 21. *n.* 1. nolentes tamen transactionem inire jure communi non compellit. Reig. *de Thes. fol.* 100. *et fol.* 271. Neque mulctam quam Plato 12. *de LL.* infligit iis, qui arbitrio domestico morem gerere cunctantur mores imperii admittunt, nisi compromissam, ait Pollet. *Lib.* 5. *Hist. fori. Cap.* 12. *p.* 228.

4) Unde per magistratus qui jura regum, effectus rei accipi dicitur *L.* 2. §. *post originem* 15. *de O. I.* Et continetur in sequenti, judiciorum nempe, seu actionum institutione usus et praxis superiorum, ad quam ceu finem et metam illa tendunt, Mynsing. *in Rub. I. de act. n.* 4. Gomez. *in pr. I. eod. n.* 13. *et seq.* Benincasa *ibid. n.* 90. Vult. *n.* 1. *et* 2. De judiciorum antiquitate et utilitate vid. Rob. Maranta *in Specul. P.* 3. Nicol. Sudor. *Lib.* 1. *Disput. civil. initio* Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18.

Hæc vult lex adhiberi, sed caussa prius cognita, utrum convincatur reus debere, an non convincatur, idest, judicio prius interposito, cujus hic sit exitus, ut non convictus absolvatur, convictus condemnetur. Et judicio cum id fieri placet, eadem opera fieri placet per magistratus et judices: nam horum judicium est. Eædem partes, et idem ordo non minus eleganti rescripto constituuntur in *L.* 1. §. *de exs. rei jud.* Quæ leges et partes pum ita sint, quid unaquæque postulet, deinceps ordine cognoscendum est.

CAP. II.

Neminem posse quod suum esse, aut sibi deberi putet, privata vi et auctoritate cuiquam auferre: sed per judicem et magistratum reposcere debere: nisi si qua necessitas cogat antevertere.

Nemini licet privata vi suum impune auferre a debitore. I.

Quæ pœnæ in vim facientes creditores constitutæ legibus. II.

Cur vi suum auferendi potestas adempta privatis. III.

Per proprium quisque magistratum seu judicem, quod suum est, jure repetit. IV. XII. XIII.

Privata vis adversus latrones, et alios rem nostram invadentes a jure permissa. V.

Si et id fiat defendendi studio, non ulciscendi. VI.

Item adsit inculpata tutela. Æstimatur hæc ex personis et loco. VII.

Ex personis quomodo. VIII.

Item ex loco. IX.

Licet impune privato fugientem debitorem, multo magis furem persequi, et ab eo pecuniam auferre. X.

Simile jus usurpare permissum in curiales, et cohortales. Quatenus, et quo jure. XI.

I. JAm primum de personis, per quas jus suum cuique obtinere liceat, hoc statuatur, nulli licere, quod suum esse, aut sibi deberi putet, ei unde præstandum est, vi et sua auctoritate auferre, et in eo sibi jus dicere, sed unumquemque quod suum sit, per judicem seu magistratum reposcere debere. *L. extat*, *D. quod. met. caus.* Et ne quis hoc consilii esse existimet ad civilitatem et urbanitatem comparati: sciendum est rem esse in necessitate juris positam. Necessitas sancita legibus pœna varie constituta adversus eos qui vim faciunt quanvis in re sua, sive rem vi invadant, sive vi cogant adversarium, ut præstet, quod alioqui noluerit. Nam primum vis omnis coercetur lege Julia de vi sive ea vis publica est, idest armata, sive privata, idest sine armis. §. *item lex Julia*, *Inst. de pub. jud. tit. ad leg. Jul. de vi pub. et ad leg Jul. de vi priv. D.* In quam legem incidere constitit etiam eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut solveret. *L. sed et partus.* §. *ult. D. quod met. cau.*

II. Primariæ autem pœnæ hæ sunt. Jam olim decretum Divi Marci est in hæc verba: *ut quisquis probatus fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam sine ullo judice temere possidere, vel accepisse, sibique jus in eam rem dixisse; jus crediti non habeat.* L. exstat. *D. quod met. cau.* Qua pœna hoc continetur, ut debitor quod compulsus est dare, repetere possit condictione ex ea lege: quando in eam rem placuit non esse debitori actionem quod metus caussa in quadruplum. *d. L. sed et partus*, in fin. *quod. met. cau.* Si vi raptum sit repetere possit actione vi bonorum raptorum. §. *ita tamen*, *Inst. de vi bo. rap.* Nec possit creditor se tueri doli mali exceptione, quasi repetatur quod fuerit ei debitum; quia superiore delicto debitum ei esse desierit. Qui si pecuniam quam adhuc possidet, ob suprascriptam caussam retinere non potest; palam est, se ultro restituere extortam vel ereptam pecuniam, multo minus eum ultro de pecunia debita agere posse, qui creditum ita amiserit, ut nec possidens haberet retentionem. Hoc posteriorum Imperatorum consti-

stitutiones secutæ addiderunt insuper hanc pœnam, ut si quis vel rem immobilem invasisset, vel eripuisset mobilem: siquidem suam, is ejus rei dominio caderet: si alienam, is re restituta, etiam ejus rei æstimationem ei, cui abstulisset, pendere cogeretur. [1] *L. si quis in tantum*, *C. unde vi*, §. *ita tamen*, *Inst. de vi bo. rapt.*

III. Cur ergo potestas sua auferendi et sibi jus dicendi tam districte privatis adempta? Summa ratione: non tantum quia magnum est quemquam judicem fieri in re sua; *L. Julianus ait*, *D. de jud.* sed etiam quia ita statui publice omnium interest. Etenim permittere privato cuique, ut sibi jus dicat, nihil aliud est, quam omnium civium, maxime tenuium, et bonorum fortunas et salutem, potentium ac nocentium libidini atque avaritiæ exponere, cum semper facile exstituri sint, qui mentiantur sibi aliquid deberi, ut aliis eripiant: qui iidem cum audaciores sint, et ad nocendum instructi, facile evasuri sint superiores: et ut detur aliquis summa fide et religione præditus, qui non sit petiturus, nisi suum: tamen hoc illi concedi, ut in re sua sibi jus dicat, perniciosum est exemplo. Nam et improbissimi quique isto exemplo idem audebunt, nec metuent se viros bonos dicere, atque adeo, ut improbitas est impudens, se etiam optimis si opus est anteponere. Adde his, quod nemo privatus facile privati vim feret, sed vim alia vi majore propulsabit: unde necesse est oriri acerbas contentiones, pugnas, cædes interdum, et si inter potentiores res agetur, factiones, seditiones atque hinc etiam intestina bella, quæ omnia certum est perniciosa esse Reipublicæ.

IV. Relinquitur igitur, ut per alium res repetatur, si quid recte consequi ab invito volumus: neque eum quemlibet, sed per magistratum qui ejus rei futurus sit judex, aut pro jurisdictione alium judicem daturus: cujus tamen postea sententiam exsequatur, qui eum dedit. *L. a Divo*, in prin. *D. de re jud.* ut semper verum sit quod est in *d. L. extat*, *quod met. caus.* res reposci per judicem oportere. Et vero huic rei constituti sunt magistratus, qui cum in aliis partibus Rempublicam regerent, tum maxime præessent juri dicundo, et cui præerant, id auditis cujusque postulatis et desideriis populo reddere possint. *L.* 2. §. *post originem*, *D. de orig. jur.* Non ob aliam caussam magis, quam ut hæc potestas sibi aut aliis jus dicendi privatis esset adempta, dum ea incommoda [2] caventur quæ dixi. In quam sententiam est illud Imperatorum in *L. nullus*, *C. de*

1) Vid. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 9. Donell. *ad L.* 6. *et d. L.* 8. *Cod. Unde vi* et *supra Lib.* 15. *Cap.* 31. *N.* 2. *et Lib.* 16. *Cap.* 9. *N.* 1. Idem si rem a judice sequestratam quis occupet, etsi sequestrationem jure non factam putaverit, *Clem. un. de. sequestr. Poss.* ubi Gœd. *n.* 89. *et n.* 92. quia pro judice præsumptio est justitiæ.

2) *L.* 13. §. 3. *de Usufr. Cap. ad hoc* 63. *Cap.* 16. *Quæst.* 1. Cassiodor. 4. *Variar.* 10. Legum reperta est via et sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Faud. 1. *Q.* 3. Trentacinq. *pract. Resol. Lib.* 1. *Tit. de re judic. Resol.* 5. Matth, Stheph. *Lib.* 1. *de Jurisd. Cap.* 34. Etsi vero ita generali lege decretum sit, ut nemini omnino jus sibi dicere liceat *L. un. C. Ne quis in sua causs. jud.* Principem tamen, superioris nescium, in sua caussa judicare posse vulgo tradunt *per L.* 4. *de her. inst. L.* 3. *de his quæ in test. de L. C. cum venissent de judic.* Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 436. Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 2. *n.* 64. nec absurde omnino, cum princeps sibi ipsi legem dicere non possit, *L. pen. de rec. arb.* superiorem vero, quem adeat, non habet. Æquius tamen est ut magistratuum judicia subeat. Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 65. et de honestate volunt debere eum caussam delegare, vel in arbitrium compromittere, vid. Paurmeist. *Lib.* 2. *de Jurisd. C.* 5. *n.* 81. Knich. *de sublimi. territ. Jure C.* 1. *n.* 382. Carol. Tapia *in Rub. D. de Constit. Princ. Cap.* 1. *n.* 33. *et seq. per L.* 1. *et* 2. *C. Si adv. fisc. tit.* 1. *C. Ubi causs. fisc.* Sic Alexander Magnus cum Callisthenis et conjuratorum perduellium capita peterentur, nec se judicem ferre, nec judicio interesse justum putavit; ex Q. Curtio Zach. Friderinch. *Polit. C.* 14. Atque hæc ita si res Principi supremo cum subditis suis. Vid: Trentacinq. 2. *Resol.* 5. *de Judic. n.* 2. Sane in aurea bulla Caroli IV. *Cap.* 5. habetur Imperatorem ex consuetudine se sistere et respondere coram Electore Palatino, judicio tamen in Curia ipsiusmet Imperatoris instituto, vid. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 1. *C.* 1. *n.* 54. Gothofr. Anton. *Disput. apologet. adv. Vultei. Th.* 34. *et seqq.* Marq. Freher. *Orig. Palatin. Cap.* 15. ubi subdit quod *Lib.* 1. *jur. Sax. Art.* 8. *et* 9. dicitur, ob caussas ibi expressas Imperatorem aurea securi percuti manu Palatini Rheni, eo nihil delirius febrientem ullum somniasse. Rex Franciæ quoque a Senatu Parisiensi jus sibi dici patitur, dum procuratorio nomine agitur, qua re nihil illius majestati decedere putant, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 315. Adrian. Pulvæ *Orat. de Advocat. privil. fori p.* 62. Goth. *in L. un. C. Ne quis in sua caus. jud.* Principi autem inferiori vel statui imperii, si lis sit cum subdito vel civitate sua agenti, ea in Camera disceptanda, Mynsin 5. *Obs.* 1. non vero ut Knich. *d. Cap.* 1. *n.* 382. coram consiliariis, P. Frider. *Lib.* 1. *de Process. extrah. Cap.* 17. *n.* 10. Excipit tamen Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 18. nisi inveterata consuetudine vel speciali privilegio receptum, ut coram Curia provinciali caussa tractari possit, vid. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 55. *et n.* 59. Idem servari si a subdito vel civitate princeps conveniatur, itaque post multam disputationem obtinuisse scribit Mynsing. *d. Obs.* 1. et addit. *Obs.* Hart. Hartmani 1. *de Judic.* In quo diss. Gail. *d. Obs.* 1. *n.* 19. Sane Elector Saxonum coram curia Lipsiensi ex ordinatione ejusdem agit et convenitur, Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 142. ubi et usu receptum testatur, ut nobiles ditionum Saxoniæ rusticos suos coram judice et scabinis pagi conveniant. Nam et consuetudine effici posse sentiunt, ut judex quis sit in caussa sua, Gail. *d. Obs.* 1. *n.* 18. Trentacinq. *d. Resol.* 5. *n.* 11. *per. text. Cap. in fin. de pœn. in* 6. Qua et inductum esse, ut Episcopus caussam propriam non quidem ipse judicare, alii tamen dijudicandam mandare possit, refert. Paurmeist. *Lib.* 2. *de Jurisd. Cap.* 7. *n.* 48. Quæ non levibus argumentis, si hic locus esset et liberet, impugnari possent. Et statutum ejusmodi valere, sed in caussis modicis, nec magni præjudicii, Tiraq. *Tr. de Judic. in reb. exig. fer. initio.* Quanquam et in inferioribus a principe regulam aliquot modis declarare et restringere soleant Georg. Acac. Enenkel. *Lib.* 1. *de Privileg. Cap.* 7. *n.* 22. *et seqq.* Trentacinq. *d. Resol.* 5. ubi inter alias, exceptionem tradit in facto notorio, ubi potius executor quam judex videtur. Hinc magistratum vel judicem injuriam sibi ut judici, seu intuitu officii, non odio personæ illatam punire ipsum posse, statuunt si notoria sit, Gail. 1. *Obs.* 39. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 50. *n.* 1. Secus si ut privato ob inimicitias privatas, Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. C.* 43. Fachinæ. *Lib.* 2. *Cons.* 59. *n.* 9. Aliter Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 309. vindicationem ita permittens, si modica castigatione coerceri possit. Quod si gravior verberum vel capitis animadversio necessaria, judicio abstinendum censet, nisi collegio alicui illata sit, ubi universis licere possunt, quæ singulis non licent. De exceptione quoque incompetentiæ et an sua jurisdictio sit, judex ipse, cujus forum quis declinat cognoscit *L.* 5. *de judic.* pœnamque in contumacem statuit *L.* 2. *Si quis in jus vo. non ier.* de quo Marta *de Jurisd. P.* 2. *C.* 4. Sed ibi non tam de suo, sibi privatim competente, quam Reipublicæ negotio cognoscit, cum nullum inde damnum vel commodum sibi suo nomine expectet, sed Reipublicæ eo ipso quod magistratus, seu judex sit, Duar. *de Judic. Cap. de Foro compet. f.* 167. Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 7. *et* 8. Freher. *Lib.* 3. *de Infam. Cap.* 29. *n.* 8. Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisd. Cap.* 34. *n.* 15. Denique regulæ tantum locus in iis, quæ sunt jurisdictionis contentiosæ, si tertii alicujus damnum vertatur. Aliud est in voluntaria, cujus actus

de Judæ. Idcirco judiciorum vigorem, jurisque publici tutelam videri in medio constitutam, ne quisquam sibi ipsi permittere auderet ultionem. Idque ita constituendi caussam indicat illa regula juris, non esse singulis concedendum, quod per magistratum possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi. *L. non est singulis, D. de reg. jur.* At hæc omnis exsecutio recte magistratibus commissa est. Hi enim pro sua prudentia facile quid sit æquum, quid justum, videbunt: de eo ut in re aliena recte et sine studio partium statuent: constitutum pro imperio et jurisdictione sine tumultu et injuria exsequentur.

V. Sed hoc ita jus est, nisi qua necessitas cogat ante occurrere, quam ad judicem veniatur. Idcirco enim placet prius adeundum esse judicem, non ut quisquam privatus suum amittat, sed ut id meliore et æquiore via consequatur. Quod si periculum erit, ne exspectato judice vulnus accipiat privatus, post quod serum sit auxilium judicis: est contra sententiam superioris juris, cogi quemquam id remedium exspectare. Hac de caussa etiam privatis ad jus suum obtinendum nonnunquam [3] vis privata concessa est. Concessa autem in his caussis, ad defensionem sui, et ad juris sui adversus fugientes persecutionem. In defensione, adversus vim quæ personæ aut rebus nostris inferatur, omnis est justa etiam per vim defensio. De quo hæc constans veterum definitio est, vim vi repellere, defendere, propulsare omni [4] jure atque omnibus legibus licere, traditum his locis, *L. 3. D. de just. et jur. L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil. L. 1. §. vim vi. D. unde vi. L. 1. C. unde vi.* Cujus juris ratio redditur in *L. 1. C. quand. lic. unic. sine jud. se vind.* ratio ea, quam supra judicavi, quia melius sit occurrere in tempore, quam post factum vindicare, quod serum sit punire judicio: ut scilicet nulla ultione aut remedio rem salvam præstare possis. Pro quo in alia re, eadem tamen sententia Justinianus dixit, melius esse intacta nostra servari, quam post vulnus acceptum remedium quærere. *L. ult.* in fin. *C. in quib. cau. in int. rest. neces. non est.* Neque hoc in [5] vi concessum est tantum adversus latrones et eos qui vitæ et corpori periculum intentent; sed etiam adversus omnes qui res nostras invadunt, quas adversus eam vim velimus tueri. De priore genere cautum est nominatim in *L. 1. C. quan. lice. uni. sine jud. se vind.* Sed jus petet latius, pertinetque ad omnem vim, etiam quæ in res nostras [6] infertur. De quo est in *L. 1. C. unde vi L. 1. §. vim vi, D. eod.* vim vi repellere licere cum dicimus, nempe hoc dicimus, quidquam adversus eum, qui vim inferebat, admissum sit, quod illi noceret, sive vulneraverimus, sive quid ejus ruperimus, fregerimus, sive etiam eum occiderimus, dum

apud se exsequi magistratus potest, *L. 4. de adopt. L. 5. de manum. vind.* Obrecht. *de Jurisd. Cap.* 12. *n.* 18. et alii passim.

3) Vis permissa, ubi jus obtineri nequit, Confer. Dantes Aligher. *Lib. 2. de Monarchia fol.* 93. *in Synt. tract. de Jurisd. imperiali, etc.* Et Bald. *in Cap. olim n. 2. extra de reser.* ref. Matth. Steph. *Lib. 1. de Jurisd. Cap.* 34. *n.* 21. Initio utendum esse verbis, id est amica conventione, deinde herbis, id est juris remediis, tertio lapidibus, ut ubi non sufficit virtutis ingenium, valeat armorum præsidium.

4) Etiam naturali *d. L. 1. §. 27. L. 1. §. 11. Si quadr. paup. L. 6. Cod. de vi publ. et simil.* Cujus juris, a jure gentium separati, ea est defensio, quæ fit contra vim a furioso, dormiente, bestiis, quæ injuriæ inferendæ incapaces, illatam. Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap.* 10. *n.* 16. (ubi in seqq. refellit eos qui ob moderamen inculpatæ tutelæ, juri civili defensionem hanc adscribunt.) et Zoan. *Defens. tripart. P. 1. n.* 22. propulsationem injuriæ esse jurisgentium *L. 3. de I. et I.* vis autem injuria vacantis, juris naturæ, add. *not. supra Lib. 1. C. 7. N. 7. et* 9. Quin non licita solum defensio, sed et necessaria ac ex præordinata charitate injuncta, ne quis in semetipsum sit injurius. Zoan. *d. P. 1. n. 3. et seqq.* Et nec per principem vel statutum tolli potest. Forst. *Lib. 2. de Jurisd. Rom. P. 2. Lege Numæ. 9. Sect. 4. n.* 11. scite Guicciard. *Lib. 10. Hist.* Quin si vis vitæ intentetur, etiam contra principem ipsum licitam tradit, post Vasq. *ill. Contr.* 18. *n.* 7. Trentacinq. *Pract. Resol. Lib. 1. Tit. de defens. Resol. 1. n. 5. in fin. ad d.* Bodin. 3. *de Rep.* 8. *n.* 308. ubi in aliis, quando damnum sarciri potest, nec magistratui jure obsisti posse statuit, in quo diss. Forst. *d. P. 1. Sect. ult.*

5) Etsi nec dum illata sit. Est enim defensio imminentis offensionis propulsatio. Nec exspectari debet prior percussio, ut quidam, arg. *L.* 52. §. 1. *ad L. Aq.* sed sufficit terror et signa voluntatis nocendi manifesta, quia et justus metus non tantum præsentis periculi, sed et propinqui. Quin occurrere in tempore et prævenire tutius, Mar. Salomon. *in L. 3. de I. et I. fol.* 7. Forst. *d. P. 2. L. Numæ. 9. Sect. 4. n. 7. et* 8. Et eo magis justa defensio, quæ fit vitandæ injuriæ caussa, ac ne offendaris; quam quæ post injuriam acceptam, Guicciard. *Hypomn. polit.* 117. Quin immo is vere propulsat qui prævenit, nec vim admittit, Donell. noster *ad L. 1. C. Unde vi. n.* 3. Solæ tamen minæ non sufficiunt, sed si adoriens sit in actu eas jam in effectum mittendi, gladium stringendo, etc. Zoan. *Defens. tripart. P. 2. n.* 48. Wes. *in L. 1. C. Quan. lic. unic. si. Jud. n.* 9. Nec tantum si corpori nostro intentetur, sed et si conjunctorum, vid. Tessaur. *Decis.* 178. Trentacinq. *d. Resol. 1. n.* 5. Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap. 10. n.* 3. Zoan. *Defens. tripar. P. 1. n. 56. et seqq.* Nam rem suam solum curans nihil ab immanissimis feris distat. Quin feræ ipsæ pro fœtibus suis dimicant. Et pati suos injuria affici servile est, Aristot. 4. *Ethic. 5. Al.* 11. (Et studiosum posse socium defendere tradit Rebuff. *Privil. scholast.* 103. diss. Vaud. 2. *Quæst.* 29. *n.* 6.) Quin imo etiam extraneorum, Bocer. *d. Cap.* 10. *n.* 4. Trentacinq. *d. n.* 5. communem perhibens. Injustus enim non tantum qui infert injuriam innocenti, sed et qui, cum possit, non defendit; Cicero 1. *Off. P.* 16. Ac sane qui communem naturæ cognationem, quæ sub uno parente est, Quintil. *Declam.* 9. *L. 3. de I. et I.* violat, communi odio dignus. Qui vinculum cognationis, quantum in se est, solvit, nec erga eum jure cognationis alii tenentur. Unde sunt qui cujusvis etiam extranei defensionem a vi injusta non permissam tantum, sed et necessariam statuant, modo commode possit, de quo vid. Wes. *in L. 1. C. Quan. lic. unicui. li. jud. n. 25. et seqq.*

6) De quo vid. Vasq. 1. *Ill. Contr. 2. n. 4. et 5. et C. 18. n. 5. et Lib. 2. Cap. 37. a. 8. et seqq.* Trentacinq. *d. Resol. 1. n. 5.* Zoan. *Defens. tripart. P. 1. n. 3. et seqq.* Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap.* 9. ubi ita impunis est occisio, si defensio cum periculo corporis conjuncta. Bocer. *d. Cap. 9. n.* 2. Basius *ad L. 5. pr. ad L. Aq. n.* 6. etiam si res aliter salvæ esse non possunt, Zoan. *d. lo. n.* 4. cum hoc damnum sarciri deinde possit. Idem volunt pro defensione honoris, cum fama vitæ comparetur, Trentacinq. *d. Resol. 1. n.* 5. vid. Bocer. *d. Lib. 2. Cap.* 8. Vasq. 1. *Ill. Contr. Cap. 11. et C. 18. n.* 13. *etc.* Marq. Freher. *Lib. 2. de Existimat. Cap. 8. n. 10. et seqq.* Horat. Carpan. *in Cap. Homicida Novar. const. Mediol. n. 334. et seqq.* Sed hæc, quia proprie ad jus publicum spectant, et a nostro strictim hic attinguntur, plenius non exsequor.

dum vis depellendæ caussa fiat, impunitum esse, quia quod jure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. ad leg. Jul. de adulte.* confirmaturque in hac specie in *d. L. 1. C. quan. lic. unicui. d. L. scientiam, §. qui cum aliter. ad leg. Aquil.*

VI. Sed ut hæc vis ex legibus sit, eoque impunita, duæ sunt in ea cautiones. Una ut vere [7] defendendi nostri caussa adhibeatur, non ulciscendi. Altera ut insit in ea moderatio inculpatæ tutelæ. Primum ita vis concessa est, si adhibeatur injuriæ quæ infertur depellendæ et propulsandæ caussa. Id eam vim habet, ut ita demum justa sit, si quid a nobis tuendi tantum nostri caussa fiat, non etiam ulciscendi. Quippe depellere et propulsare vim est, eam quæ infertur arcere, ne ad nos injuria perveniat. Idque ita diserte definitum in *d. L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.* Proinde si quis accepta injuria, eum qui intulit, fugientem [8] persequatur, et aliquid in eum admittat durius, quod nulla injuria accepta legibus teneretur, etiam nunc tenebitur iisdem legibus, nec ad defensionem superioris juris pertinebit. Apparet enim jam non propulsandæ injuriæ caussa eum fecisse, quam jam acceperat; sed acceptæ ulciscendæ quod concessum non est.

VII. Sed etsi tuendi et defendendi nostri caussa vim adhibuimus, sic vis esse debet, ut hunc modum non excedat, habeatque eam quam ante diximus, moderationem inculpatæ tutelæ: cautio nominatim addita in *L. 1. C. unde vi.* Inculpatam tutelam certum est eandem esse, quæ et innoxiorum, seu innoxia [9] dicitur, in *d. L. scientiam, §. qui cum aliter, ad leg. Aquil.* ut non dubium sit, quin quæ illic definitur innoxia, ea ipsa intelligi debeat, quam nunc inculpatam dicimus. Ea autem illic sic describitur, quidquid factum est ab aliquo, cum se aliter tueri [10] non posset. Quod an servatum non sit æstimari maxime potest partim ex personis inferentis et depellentis, partim ex loco in quo ante pugnam consistebatur.

VIII. Ex personis, ut si adolescentulus inermis vim inferebat, aut muliercula, aut homo ebrius qui consistere pedibus non posset: cui autem inferebatur, homo erat robustus, et qui solum manu comprimere aggredientem facile potuit. Hic si processerit ad verbera, aut vulnus, aut cædem, dicemus eum non servasse [11] modum inculpatæ tutelæ,

7) Confestim in ipso actu congressus *L. 3. §. 9. L. 17. de vi arm.* Sic Athenis accusatione ex lege Draconis non tenebatur, εὐθὺ ἀμυνόμενος statim pellendo aggressorem interemerat. Quia ut Demosthenes illud εὐθὺ abstulit tempus deliberandi ac cogitandi malum, Joach. Steph. *Lib. 2. de Jurisd. Cap.* 15. *n.* 19. Confestim autem fit, etsi aliquod minimum spatium intervenerit; Modo non tantum ut præsenti periculo ereptus denuo armis pugnam redintegret, *Cap. significasti Cap. ultim. extra de homicid. Forst. d. Sect. 4. n.* 20. *et seqq.* vid. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 16. Ultio itaque omnis vetita. Perrenon. 2. *Animadv.* 18. Cujac. 5. *Obs.* 18. Confer. Jo. Spinæ. *Lib. 3. de Tranquil. animi pag.* 114. *et seqq.* Et omnino absona Lex municipii cujusdam Italici, quæ vindictam permittit, cujus meminit, nec probat Menoch. *Arb. Cas.* 262. *n.* 2. Præsumitur autem in aggresso defensio potius quam vindicta, vid. Gail. 2. *Obs.* 110. *n.* 11.

8) Quia cum defensio nulla sit sine offensione, quandiu urget aggressor, tandiu propulsationi insistendum. Qui si pedem cœpit referre, cessat necessitas, nisi id animo pugnam redintegrandi facere eum appareat. Forst. *dict. Sect. 4. n.* 5. *et* 6. Si tamen fugientem, a quo prius læsus, persequens necaverit; culpæ non doli reum esse, nec capite, sed extraordinarie plectendum volunt. Tiraq. *de Pœn. temper. Cap.* 1. *n.* 9. Zoan. *Defens. tripart. P.* 2. *n.* 62. *et seqq.*

9) Defensione æquabili et ab omni culpa remota, Cujac. 5. *Obs.* 18. Quæ in quibus consistat, cum jure certo proditum non sit, ex schola interpretum definiendum, Forst. *de Jurisd. Rom. P. 2. Leg. Numæ* 9. *Sect.* 4. *n.* 9. Consistere autem vulgo perhibent in tribus: Modo, tempore, caussa, Zoan. *Defens. tripart. P.* 2. noviss. Trentacinq. *pract. Resolut. Lib.* 1. *Resolut.* 1. *de Defens. n.* 3. *et seqq.* Aliter Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap.* 10. *n.* 30. *et seqq.* duas partes constituens, Repercussionem periculi imminentis, et propulsationem ejusdem proportionatam.

10) Vultei. *in Leg. 1. Cod. Quan. lic. unic. si. jud.* Moderamen, ait, in eo ut dispiciatur, an alio modo vitæ, famæ, bonis prospicere potuerit, ut occidere necesse non habuerit. Si potuit, modum excessit. Qui excessus tamen culpa non vacans, extra ordinem mitius punitur. Tiraq. *de Pœn. temp. Cap.* 1. *n.* 6. Gail. 2. *Obs.* 110. *n.* 15. *et seqq.* Bocer. *d. Cap.* 10. *n.* 60. Quod licet quidam ita declarent, modo non dolosus fuerit, ac data opera atque ex proæresi quis insultantem interemerit, Zoan. *d. P.* 2. *n.* 76. *et n.* 84. alii tamen communius distinctionem reprobant, Trentacinq. *d. Resolut.* 1. *n.* 14. Tiraq. *d. Cap.* 1. *n.* 8. Horat. Carpan. *in Cap. Homicida Novar. const. Mediol. n.* 473. Forst. *d. lo. Sect.* 5. *n.* 3. quia provocatus et justo dolore commotus, ut in vero dolo fuerit, a quo vel fatua caussa excusat, vix esse potest. Quin dolore iræ modum excessisse credendus. Ergo per *L. 48. de R. I. et simil.* Quin immo si in ipso insultu modum aliquantum prætergressus: impune plane ferre volunt, quos refert Bocer. *d. Cap.* 10. *n.* 65. Sed quid si fuga saluti consulere possit, num ea arripienda? Variant nostri nec uno modo. Alii affirmant. Alii inter conditionem personarum, an propudiosa illis fuga futura, distinguunt. Alii indistincte negant, cum omnia jura non dicant vim fugiendam, sed repellendam. Et *tueri* defendendi significationem habeat, non fugiendi. Salomon. *in L. 3. de I. et I. fol.* 9. *col.* 2. Et quia fuga præterquam quod ignominiosa, etiam periculosa, animosiorem reddens adversarium. Unde neminem cujuscunque conditionis sit, fugere teneri volunt, Zoan. *d. P.* 2. *n.* 8. *et seq.* Forst. *d. lo. Sect.* 4. *n.* 29. *et seqq.* Freher. *Lib. 3. de Infam. C.* 25. *n.* 21. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 5. post alios, quos allegat, ex communi sententia idem statuens, etsi sine periculo fugere possit: quod reprobat Bocer. *d. Cap.* 10. *n.* 46.

11) Sic converso casu, nullus excessus, si robustior inermis, manus robore fretus, debiliorem pugione armatum invadat. Nec semper paritas armorum requiritur, Don. *ad L. 1. C. Unde vi. n.* 7. Quin nulla de hoc in LL. mentio. Et aggressor certe deliberato animo invadit imparatum. Quid igitur si gladio cinctus adoriatur bombardam tenentem? Quid si injectione manus gulam frangere tentet, anne pugio, si quem invasus teneat, abjiciendus? Vid. Forst. *d. Sect. n.* 12. *et seq.* Trentacinq. *d. Res.* 1. *n.* 7. *et seqq.* Zoan. *d. P.* 2. *n.* 1. Bocer. *d. Cap.* 10. *n.* 57. *et seqq.* Denique quando et quantus excessus commissus, judex ex qualitatibus definiet, Menoch. *Arb. Cas.* 277. Bocer. *d. lo. n.* 60. De probatione defensionis, cujus multa singularia, cum semiplena sufficit aliquando, per unum, minus idoneos, conjunctos, etc. Vid. *Nov. Elect. Sax. Augusti* 8. *P.* 4. Wes. *in L. 1. Cod. Quan. lic. unic. sin. jud. n.* 48. *et seqq.* Horat. Carpan. *in Cap. Homicida Nov. Const. Mediol. n.* 456. *et seqq.* Fachinæ. *Lib.* 3. *Cons.* 1. *n.* 14. *et seqq.* Forst. *d. Sect. n.* 4. 35. *et seqq.* Bocer. *d. Cap.* 10. *n.* 68. *et seqq.* Etsi autem cædes ex defensione, cum modo æquo et pari facta, legitima; apud Hebræos tamen pariter ac Romanos etiam justa nece perpetrata, expiationes necessariæ, nec ante cruorem abluebant, quam expiati essent, quin manibus impuri dicebantur, ut notat. Turneb. *in Schol. ad illa. Horat.* 2. *carm.* 1.

Nondum expiatis uncta cruoribus,

etc. Et Philo *Lib. 1. de Vita Moysis non longe a fine.* Israelitas a prælio reduces per Pontificem maximum piacularibus sacris susceptis cæde expiatos refert. Nam, ait, ut legitima hostium cædes sit: attamen qui hominem necat, quanquam jure, quanquam vim propulsans, quanquam coactus, extra noxam non videtur propter ultimam illam hominum inter ipsos communionem. De quibus expiationibus vid. P. Greg. 36. *Synt.* 21. *n.* 1. Sc. Gentil. 2. *Parerg.* 13. Forner. 5. *Rer. quotid.* 24. Paul. Cypræ. *de Sponsal.* §. 79.

læ, quem quærimus: propterea quod aliter se tueri potuit, quam cædendo, et verberando; quod ex personarum qualitate promptum est existimare: proinde quod hic factum sit, inultum non fert, etiamsi qui fecit, male meritum ultus fuerit.

IX. Ex loco idem intelligi potest, si quis cum domi esset, et se septus ædium occluso ostio posset tueri, nihilominus adversario provocante prodire maluit, et congredi. Congressus si adversarium vulneravit, aut occidit: etiamsi in ipso congressu non potuit aliter se tueri, quam si vulneraret, aut occideret, non dubitabimus tamen dicere eum moderationem inculpatæ tutelæ non servasse ex definitione superiore: quia ab initio satis potuerit se tueri domi manendo, nec fuerit necesse egredi ad hostem armis reprimendum, qui domi manenti vim facere non potuit. Quare et hic beneficio inculpatæ defensionis exclusus non minus tenebitur, quam si non provocatus [12] cædem admisisset.

X. Interdum et tunc cum de nostro tenendo non agitur, sed de eo quod jam abest persequendo, vis nobis concessa est, qua liceat, debitorem sistere, et ei quod debetur, impune auferre. Id receptum est adversus [13] debitorem fugientem, et secum ferentem pecuniam. Quem si creditor consecutus sit, et abstulit ei quod debebat, placet jure factum videri et ablatam pecuniam aut solius auferentis manere, aut si dona debitoris jam possessa essent a creditoribus, hanc eum pecuniam in commune conferre debere. Hoc in *L. ait, §. si debitorem, D. quæ in fraud. credit.* quorum certe neutrum fieret, si vis hæc non esset impunita; quoniam qui ita abstulisset, jus crediti amisisset, eoque et pecuniam restituere deberet debitori. *L. extat, D. quod met. caus.* Quod si adversus alium quenvis debitorem admissum est; multo magis probandum adversus [14] furem, quem fugientem, et secum ferentem quod abstulit consecuti, hoc ipsum ei auferamus. Non du-

 bi-

12) Minime. Quanvis enim provocatus ad certamen illud acceptare, non tantum non teneatur, sed nec debeat, quoties injuria vindicari potest, ut recte contra quosdam Bocer. *Lib. 2. de Duello Cap.* 8. ignoscendum tamen ei, qui voluit se ulcisci provocatus, ut sunt verba Ulp. *in L.* 14. §. 6. *de bon. libert.* Indulgendumque aliquid justæ commotioni. Ideoque si provocans victus et necatus fuerit, (ut plerumque fit, Jo. Bapt. Lenc. *Obs. Polit.* 341.) pœnæ arbitrariæ locus, Bocer. *d. C.* 8. *n.* 19. Tiraq. *de Pœn. temp. Cap.* 1. *n.* 9. *et seqq.* Forst. *de Jurisd. Rom. P.* 2. *lege* 2. *Numæ.* 9. *Sect.* 5. *n.* 5. Quod in his regionibus certa lege obtinet. *Nov. Elect. Sax. Augusti* 10. *P.* 4. ubi Moller. De origine singularium certaminum, qui lites ita definiri permiserint, quando item licita vel tolleranda sint, pluribus Alc. *Lib. de Sing. certam.* Hotom. 3. *obser.* 15. Raim. Cors. 3. *Indag.* 10. Bodin. 4. *de Rep.* 7. *n.* 473. *et seqq.* Dantes Aligh. *Lib.* 2. *de Monarchia p.* 93. *et seqq.* Vasq. 1. *Ill. Contr.* 11. *n.* 55. *et seqq. et Cap.* 12. *toto, et Cap.* 49. *toto*, Ang. Matthæac. *Lib.* 1. *de via Jur. Cap.* 32. *n.* 15. *et seqq.* Henr. Bocer. *Lib.* 2. *de Jure pugnæ. qui est de duello*, Phil. Camer. *Oper. succis. Cent.* 2. *C.* 19. *et* 2. *seqq. etc.*

(*) Vid. Constit. BENED. XIV. incip. *Detestabilem* edit. IV. id Nov. 1752.

13) Manu injecta illico, inque articulo ipso ac momento, sine judice judiciove fugienti, qui nec juris nec ordinis spatium ullum relinquit creditori, inquit Cujac. 16. *Obs.* 19. Vaud. 1. *Q.* 13. *n.* 10. Fugientem autem lex requirit. Quare aliud videtur si suspectus tantum de fuga, seu eam præparet, quia adest copia judicis, Forcat. *Dial.* 96. *n.* 10. Licet vulgo idem in suspecto, creditori concedant, vid. Coler. *de Process. ex. P.* 1. *C.* 2. *n.* 100. *et seqq.* Marta *de Jurisd. P.* 2. *Cent.* 1. *Casu* 42. *n.* 23. *et seqq.* requirens tamen legitimam suspicionis probationem (quam juramento creditoris fieri quoque negat, Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 26.) et quod nova sit, nec eadem fuerit tempore obligationis contractæ, per *L.* 10. §. 1. *Qui satisd. cog.* Et ut debitum sit liquidum. Sane hoc omnino dandum puto ob suspicionem fugæ, capi posse etiam a judice incompetenti, si competentis facultas desit, ut tamen deinde ad judicem suum remittatur, ut recte P. Greg. 49. *Synt.* 1. *n.* 8. licet rationem ejus non probem, quia quod propria licet auctoritate, magis et tutius fieri possit auctoritate judicis cujuscunque. Nam non licere puto auctoritate propria, quoties qualisqualis judicis copia. Neque ad hoc ultimum vis privatæ remedium recurrendum, nisi extrema necessitate coacto, in prærupto periculo amittendæ rei suæ; Cujac. 3. *Obs.* 18. Sequestrari autem tunc res ejus mobiles, si immobilia non possideat, possunt, Clud. *de Jure sequestr, Cap.* 5. *Casu* 5. itemque arrestari moribus nostris. In fuga vero, et quoties omnes ordinarii medii via præcisa, capi etiam clericum debitorem, citra metum excommunicationis, posse, ut tamen intra 24. horas judici suo tradatur, omnino dicendum est, Decian. *Libr.* 4. *Tr. crim. C.* 9. *n.* 18. Gutierez. 1. *Pract. QQ.* 82. et quos refert Marta *P.* 2. *Cent.* 1. *Cas.* 42. *n.* 6. licet ipse *n.* 11. *et n.* 19. *ac seqq.* contra sentiat, quia, arguens, si carceri mancipari nequit a suo judice ob æs alienum, *C. Ovoardus de solut.* minus poterit per laicum et privatum. Posse autem fugitivum etiam die feriato capi vulgo statuunt. Unde Jas. *in L. vinum* 22. *de reb. cred. n.* 4. *et seqq.* infert posse quoque in æde sacra, quia valeat argumentatio e tempore ad locum. Sed consequentiam negat Matthæac. *Lib.* 2. *Epit. legat. Cap.* 23. *n.* 9. *et seq.* Quippe die festo esculenta venundari possunt, choreæ et tripudia duci, non tamen in templo. Contra sacrum quid furatus ex æde sacra, sacrilegus est, non si a die feriato, etc. Quia vero debitum auferri lex permittit *d. L.* 10. §. 16. inde nonnulli putant non alias res eripi posse fugienti, sed speciem eandem quæ debetur, aut rem in suo genere functionem recipientem. Si aliud pro alio auferatur, impune non ferre, quia bis sibi jus diceret, et in re et in modo, Forcat. *Necyom. Dial.* 96. *n.* 10. Verum Menoch. *Arb. Cas.* 616. *n.* 2. etiam ex aliis rebus, ad modum crediti, subehai posse 52. DD. auctoritate comprobat. Plura de fugitivorum conditione, fugæ requisitis, suspicionibus, etc. pete ex Gail. 2. *Obs.* 44. Menoch. *Arb. Cas.* 87. Jo. Kœppen. *Q.* 29. Coler. *de Process. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 97. *et seqq.* Cothm. *fuse Juris. Resp.* 18. *n.* 271. *et seqq.*

14) Nam cum fur nocturnus omnino, modo cum clamore testificetur, diurnus, si cum telo se defendat, impune necetur *L.* 4. *ad L. Aq. C.* 3. *extra de homicid.* Cujac. 14. *Obs.* 15. *et* 19. *Obs.* 12. Forcat. *Dial.* 96. *n.* 6. multo magis capi poterit, Vultei. *ad L.* 1. *Cod. Quan. lic. unic. sin. jud. n.* 22. Sic nocturnum populatorem et viarum obsessorem, seu publicum latronem impune quilibet illico interimit *d. L.* 1. *et L.* 2. *C. Quan. unic. lic.* Neque in eo requiritur, ut vel prior ipse invadat vel telo se defendat, Forcat. *Dial.* 96. *n.* 11. Quamquam Vultei. *ibid. n.* 14. *et seqq.* putet non invadentem invadi non posse, sed repulsionem vis illatæ liberiorem esse, nec ad moderamen inculpatæ tutelæ adstrictam, Sed nec verbales minas sufficere, etsi eas exsequi solitus sit, cum contra eas per magistratus auxilium sibi cavere liceat: sed minas cum ipso facto requiri, cum latro in ipso actu est, unde mors sequi possit. Aliter nec occidi impune, etsi qui occiderit non ordinarie plectendus sit. Quæ non probo, nec verbis aut menti Imperatorum consona puto. Quin omnino id vult constitutio *d. L.* 1. ut *libera sit cuicunque resistendi*, id est non tantum vi sibi intentatæ, sed generaliter conatui improbo agros vel segetes vastandi vel obvios viatores expilandi, etc. *facultas et licentia cuicunque permissa ut digno suplicio subjugetur illico*, quæ vocula hic non arguit quasi ex intervallo post vim illatam latro necari non debeat a privato, ut Vult. neque enim sic conveniunt, quia repugnant verba seqq. *vobis permittimus ultionem*, sed admonitionem continet, ac maturandæ necis necessitatem innuit, ut Videl. *illico* confestim, vel incautus nec opinans opprimatur, priusquam vel populator nocturnus vastationem peregerit, vel latro se ad defensionem parare possit, *ac mortem quam minabatur*, non ei tantum qui occidendo eum securitatem in posterum omnibus parit, sed generaliter cuicunque prætereunti, *excipiat.* Conveniunt plane rationes subjectæ. Atque expedit ita statui, et ex usu Reipublicæ est ut famosos latrones itinera publica infestantes cuivis vel ex insidiis adoriendi opprimendi necandi, itaque patriam et cives a pernicie immittenti liberandi liberrima detur facultas. Ac tantum abest, ut qui non invadentem latronem prior ipse aggressus vicit, extra ordinem coercendus sit, ut potius audax facinus præmio honorandum videatur. arg. *L.* 35. *de relig.* Idemque dicendum si astute circumveniendo oppresserit, veluti si simulando se socium et participem facinorum fore deceperit; cujusmodi exemplum habet Apulei. 7. *Metam.* Et dum Imperatores sic alloquuntur Provinciales: *Vestram vobis permittimus ultionem*, non vindictam tantum læso privatæ injuriæ concedunt, sed quia solus omnium impetitur, popularem et cuivis liberam injuriæ ei-

bium, quin et hoc eadem ratione receptum sit, qua superius illud de vi propulsanda. Nam et hic adversus fugientes eadem necessitas urget rei nostræ servandæ: quoniam si semel fuga evaserit fur iste aut debitor fugitivus, frustra eum requiramus postea, frustraque postea auxilium magistratus imploremus adversus eum qui non reperiatur, atque hoc modo res nobis certo perierit.

XI. Simile quiddam constitutum est adversus [15] curiales, et cohortales, idest eos, qui curiæ, vel officiis judicum, vel aliis corporibus conditione personæ obnoxii sunt, si ii ab iis quibus sunt obnoxii, fugerint, nec operas debitas his præstarent. Placuit enim unicuique corpori in suos istos obnoxios manus injectionem esse, ut comprehendantur et ab eo corpore vindicentur: hactenus tamen, ut ducantur ad judicem qui primus in eo loco, ubi fugitivi prehensi sunt, se dabit: qui de conditione eorum cognoscet, et convictos promittet duci, ut eorum societati, a quibus fugerant, rursum aggregentur. Hoc in *L.* 1. *C. ubi quis de curi. vel cohor. aliave cond. conven. L. generali*, *C. de decur. lib.* 10. Jus tamen magis constitutum propter eam potestatem, quæ corporibus fuit in obnoxias istas personas, quam quod ulla necessitas rei servandæ hanc prehensionem exigeret. Quanquam et utilitas operarum publicarum, quæ ab his personis debentur, sine hac prehensione peritura Reipublicæ videri potest.

XII. Sed his [16] exceptis, quæ partim necessitas, partim jus personarum concedit, quæ ex infinitis sunt paucissima, jus id commune est, quod supra posuimus, valetque in omnes, ut ne quis jus sibi dicat in re sua, sed si quid sibi præstari vult ab alio, neque ab eo impetrat, id per judicem et magistratum reposcere debeat. Jus non primum cautum decreto Divi Marci, quod est in *L. exstat*, *quod met. caus.* sed quod valuerit jam ab initio in Republica, et ad quod demonstrandum omnia quæ de jurisdictione magistratuum, et de actionibus dandis prodita sunt, referuntur. Quod enim dicitur magistratus esse constitutos, qui juridicendo præsint, et jura in civitate reddere possint: *L.* 2. §. *post originem*, *D. de orig. jur.* nihil aliud declarat, quam in civitate nullos esse, qui sibi privatim jus dicere possint, aut aliis. Observandum et illud, quidquid est quod de rebus ad nos pertinentibus persequendis jus nobis concedit, nihil amplius esse, quam actionem: quam unam perpetuo prætores in omnibus edictis se daturos pollicentur. In quo ex definitione actionis hoc dicere intelliguntur, se potestatem facturos rem de qua edicunt, judicio persequendi, nihil præterea. Non enim aliud est actio, quam jus

vibus suis vel illatæ, vel in posterum sibi aliisque metuendæ, vindidictam permittunt, ut docet *L. seq.* verbis: *Exercendæ publicæ ultionis.* Subjicitur: *Et quod serum est punire iudicio*, *subiugamus edicto.* Quia periculum est, ne si magistratus præsidium imploretur, detur elabendi facultas latroni, ejusque persecutio ipsi judici difficilis futura sit, aut saltem interim plurimum damni aliis latro inferat. Nec igitur misericordia cuiquam facienda, per quam multi in discrimen adducuntur, *C. est injusta* 33. *Cap.* 23. *Quæst.* 4. Pone ergo: Latrociniis infamis, nullique nec nomine nec vultu ignotus, dum, viam obsidens, insidias peregrinantibus molitur, offenditur a milite strenuo et pugnaci, aut ab alio etiam in latebra quadam sua, extra viam, dormiens deprehenditur. Quæritur, ne an laudi an vitio vertendum, si vel ille vir fortis nihil sibi minitantem, quod resistentiam vereretur, ultro adoriatur, vel hic, quicunque, somno sepultum interimat nece nocentis, vitæ et fortunis innocentium consulturus? Laudi utique opinor, cum latrones interni sint hostes, qui ut illicite offendunt, licite a quibusvis offenduntur, nec meliore, quin nec eodem quo veri hostes externi, se deteriori jure eos esse oportet. Ergo per *L.* 3. §. *ult. de sicar. L.* 35. *de relig.* Nec cum iis ulla societas jurisve communio, qui societatis civilis eversionem moliuntur, quique a communione se subtraxerunt, atque, ut loquitur Florus *Lib.* 3. fœdus humani generis abruperunt. Bodin. 1. *de Rep.* 1. A. Gentil. 1. *de Jure belli Cap.* 4. Jure quoque Canonis tantum, et leviter, punitur, qui latronem necavit, ubi absque occasione comprehendi potuit, *Cap.* 2. *extra de homicid.* Et constitutiones Imperii impunem faciunt offensionem proscriptorum. Hoc notandum in *d. L.* 1. *C. Quan. lic. unic.* conjungi nocturnum populatorem (non furem, ut Cujac. 14. *Obs.* 15. et Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 18. Populator enim dici potest etsi non animo furandi, sed tantum nocendi ex odio, etc. agros vastet, ut recte Accurs. Et est hic unus, opinor, casus, quo ob rerum defensionem cædes licita est, intuitu tamen non tam offensæ privatæ, damnique illati, quam quietis publicæ.) et itinera frequentata (atque ita de die) insidiis aggressionis obsidentem. In utrumque jus liberæ offensionis, et publicæ ultionis datur. Peccant vero DD. dum ex *d. L. I.* eliciunt quemvis inimicum privatum, qui necem alicui minitatus est, posse vel in ipso articulo minarum, vel cum commodum erit ab adversario præveniente necari, ut Bald. *in d. L.* 1. quod Castrens. ita restringit, modo minas exsequi solitus fuerit, ref. Sic *ibid.* *n.* 3. Et hoc quidem est quod justissime Vult. reprehendit. Sed in eo pariter cum illis peccat, quod de tali inimico privato *d. L.* 1. exaudit et ad eum verba Imperatorum accommodat, de quo nec somniasse illos mihi probabile est.

15) Curiales qui? vid. Decian. *Tr. crim. Lib.* 4. *C.* 14. *n.* 3. Vult. *ad d. L.* 1. *C. Ubi quis de cur. n.* 12. aliis corporibus: id est societati cuicunque approbatæ, naviculariorum, pistorum, etc. Vult. *d. L. n.* 15. Comprehendi autem tantum possunt a sociis illorum corporum, quorum interest, per verba *d. L.* 1. *quos aufugit.* Vult. *n.* 23. Unde Bald. *in d. L.* 1. regulam facit: Quicunque debet obedientiam perpetuam, ut monachus, uxor, liberi, auctoritate propria capi et convictos ad obedientiam reduci posse, Vult. *n.* 24. ubi idem in subdito censet, ut is si se jurisdictioni magistratus subtrahat, retrahi possit: de quo et Bodin. 1. *de Rep.* 6. *sub fin.*

16) Etsi namque et alii casus a nonnullis referantur, Forcat. *Dial.* 96. *n.* 5. *et seqq.* Vix tamen convenientes illi, qui vel ad hos reduci possunt, vel regulæ non insunt. Quod enim in nostrum immissum vel ædificatum destruere licere volunt, vid. supra *Lib.* 15. *C.* 46. *N.* 16. in eo vis rebus illata propulsatur. Quod patri jus est adulteram necandi, in eo reliquiæ tenues veteris juris vitæ et necis, ut notavi *supra Lib.* 2. *C.* 25. *N.* 2. proinde potestatem suam exercet pater, non sibi jus dicit. Sicuti nemo dicit cum dominus servum, pater filium jure suo castigat, eo ipso jus sibi dicere. Wes. *in t. C. Ne quis in sua C. n.* 23. Quod pactione effici tradunt ut creditor ex mora, sua auctoritate possessionem debitoris occupet, controversum valde, et alio forte loco a nobis tractabitur. Quod quis a se ipso quandoque exigat, ut tutor debens pupillo, inconsulto judice, ut Forcat. *d. lo. n.* 10. ridiculum pene est. Neque enim agere judicio, et exigere, quod extra judicium fieri potest, paria. Et si hic casus de regula superiori est, eique exemptus, idem erit in omni solutione, quæ fit vel accipitur extra judicium. Quo quid ineptius? Sicuti nec illud probandum quod scribit Cujac. *in Par. C. Ne quis in sua ca.* hodie receptum esse cum de sportulis judiciariis agitur, ut sit in ea re idem adversarius et judex. Denique nec per confessionem suam vel juramentum de caussa sua quis judicat, sed veritatem facti, caussam concernentis indicat. Wes. *in d. tit. C. n.* 44.

jus persequendi judicio, quod nobis debetur. *Inst. de act.* in princ. Quamquam et pro verbo actionis sæpe judicii verbo utuntur, pollicenturque se judicium daturos. Non est autem judicium nisi magistratus et judicum.

XIII. Non quivis magistratus eam vim interponere potest, quam dicimus, ne forte quemlibet magistratum de jure nostro obtinendo nobis adeundum putemus. Eum esse oportet, cujus de ea re est jurisdictio. Sed hoc quia ad rectam judicii ordinationem pertinet, de eo postea neque ita multo post in judicii informatione dicemus.

CAP.

CAP. III.

Ut quis cogatur petenti quid præstare, judicium præcedere debere. Judicium quid sit; quale id esse oporteat, et quibus rebus constet.

De eo quod quis ab adversario petit per Magistratum præcedere judicium oportere. I.
Quorsum, et cui bono exigatur judicium. II.
Judicium quid sit, unde dictum, et quæ ejus partes. III.
Duplex judicium, voluntarium et necessarium: Quale utrumque. IV.
Arbitrium quid valeat; a jure receptum, et quare. V.
Tractatio arbitriorum ex litigantium proposito prior judiciis, ordine doctrinæ posterior. VI.
Judicium Magistratus ut valeat, justum et legitimum esse oportet. VII.
Ut tale sit, quatuor partibus constare debet; et quæ illæ. VIII.
Opportuna methodi, atque auctori usitata ratio. IX.

I. UT maxime sit idoneus aliquis magistratus, qui pro jurisdictione eum unde petitur possit ad præstandum cogere: non tamen ut quisque quid petiit ab adversario per magistratum, ita continuo impetrat. Jus ita constitutum est, ut diximus ut judicium de re præcedere oporteat. Nusquam fortasse id expressum sit totidem verbis. Sed satis id significatur actionis verbo, cum de eo quod nostrum est, aut nobis debetur, obtinendo nihil amplius nobis jus tribuit, quam actionem: et quod idem est, cum jubet, nos si quas habemus petitiones, actionibus experiri, ut est in *L. exstat, D. quod met. cau.* Id est, si qua sunt nobis jura legibus constituta ad quid petendum, jubet nos uti actionibus ad eam rem jure comparatis: item, cum in camdem sententiam ita traditur, prius esse, ut servato ordine dirigamus actionem adversus eum, quem nobis cogi ad quid præstandum volumus: quod est in *L. 1. C. de exse. rei jud.* Quia actionem præcedere jubet, vi ipsa jubet præcedere judicium: quoniam actio non est jus quovis modo persequendi, quod nobis debeatur, sed persequendi judicio. *L. nihil. D. de obl. et act. Inst. de act.* in pr.

II. Quo ergo judicium, et cui rei exigitur? ut fiat, quod adjicitur in *d. L. 1. C. de exs. rei. jud.* nempe ut caussa per judicem cognita is qui agit sententiam accipiat. At quam? non utique qua judicetur secundum actorem, sed ita, uti caussa cognita res postulare videbitur in quo vere judicium est, id est, ut explicatur in *L. negantes, C. de obl. et act.* qua judex actore non probante aut actione summoto reum absolvat, convictum autem condemnet; sic deinde remedia juris adversus condemnatum sequantur. Hujus judicii prius exigendi ratio et æquitas manifesta est. Nam ut fieri potest, ut qui petit, jure petat: sic fieri contra potest, ut falso intendat sibi deberi, et petat non solum injuria, sed etiam calumniose, de quo nisi caussa cognita et judicio statui non potest: ut profecto judicium hic omitti sine certa alterutrius litigatoris injuria non possit, ubi scilicet periculum sit, ne re non cognita absolvat reum, quem condemnare debuit; et contra condemnet, quem debuit absolvere.

III. Judicium hic quid vocemus, ex superioribus non difficile intelligi potest. Est igitur judicium, quale nunc in persecutione juris nostri eligimus, id quod definivimus in commentario *de actionibus*, in principio; tota illa [1] actio, quæ de re controversa consti-

1) Duar. *in tit. D. de Judic. initio*, scribit se aliquando annum integrum consumpsisse in definitione et divisionibus judicii explicandis, sed tandem has nugas valere jussisse. Ubi contentus est hac descriptione: Litigatorum apud judicem vel coram judice disceptatio, Cujac. *in Par. hoc tit.* ita: Disceptatio quæ fit ab eo, quem magistratus caussæ disceptatorem partibus dedit. Sed hæc est judicii stri-

stituta est inter actorem et reum apud judicem, caussæ tractationem inter litigatores, et judicis de ea re tum cognitionem, tum sententiam continens: partes ex his quæ diximus, patent. Judicium dictum potissimum a sententia, [2] qua judicatur. Nam sententia est pronuntiatio judicis rei controversiæ finem imponens, eum unde petitur vel condemnando, vel absolvendo. Hoc autem facere pronuntiando judicare est: unde res judicata dicta, quæ hac pronuntiatione finem accepit. *L.* 1. *D. de re jud.* sed cum hæc sententia atque hoc judicium sine caussæ cognitione præcedente esse non possit, quo de re in hanc aut illam partem judex statuat; nec cognitio esse possit, nisi ex inductione et tractatione caussæ, ex qua jura litigatorum judex audiat, et cognoscat: eo fit, ut judicium eas quoque partes ad se trahat, sine quibus judicium esse non potest.

IV. Non quodvis judicium ad cogendum eum, a quo petitur, idoneum est. Judiciorum duo sunt [3] genera: voluntarium, et necessarium. Voluntarium est arbitrorum, qui ex consensu et compromisso a litigatoribus sumpti sunt. Nam et arbitrii dicuntur judices. *L. pen. D. de jud.* Inde et eorum arbitrium recte dicatur judicium. Sunt enim hæc conjugata, judex, judicium. Sed judicium est, ut dixi, voluntarium, quod non nisi voluntate et consensu litigatorum suscipitur. Necessarium judicium est magistratuum et judicum quorum publice de re jurisdictio et notio est, ut horum potestas describitur in *L.* 5. in pr. *D. de re jud.* necessarium ideo, quia cum quis ad hos vocatus est juris experiundi caussa, judicium velit nolit, subire [4] cogitur. Unde et judicium dicitur reddi in invitum. *L. inter*, §. 1. *D. de ver. oblig.* Judicium voluntarium seu arbitriorum non pervenit ad eam vim, quam quærimus, solum enim judicium magistratus et judicum in ea caussa est, ut mandetur exsecutioni. *L. a Divo*, in princ. *D. de re judic.* Quare et hoc solum idoneum ad id quod volumus, obtinendum.

V. Neque tamen eo minus arbitrium judicium esse putandum est. Habet etiam hoc judicium vim suam, et ad finiendas lites pertinet. Quod de compromisso dictum in *L.* 1.

ctius accepti, nec convenit extraordinario, ubi magistratus ipse cognoscit. Parte alia peccant, quibus est actus legitimus coram eo, *qui jurisdictionem habet*, factus, ut ejus officio controversia finem accipiat. P. Greg. 47. *Synt.* 3. *n.* 1. et ex eo, tacito auctore, Jo. Bapt. Suarzenthaler *Process. judic. Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 1. Sic enim excluditur judex datus. Quia definitiones nostri longiusculæ; malo sic, *Legitima rei controversæ*, inter litigantes, vel expressius paulo, *inter actorem et reum* (quæ verba inania non sunt, nec quod priorum vi insint omittenda. Definitio enim rem definitam declarare debet, et sine iis maneret dubium quorum ratione *controversæ* diceretur. Quin potest res inter plures controversa esse, quam inter quos judicium est, cum controversa etiam dicatur ante judicium *L.* 25. §. 7. *de pet. hered*, *L.* 2. *Cod. de trans.* Wes. *in Rub. Cod. de Judic.* *n.* 22. Pone: Stichi dominium sibi asserunt extra judicium, Cajus possessor, Titius, Mævius, Sejus. Deinde Titius judicio agit contra Cajum. Hic Stichus inter plures controversus, cum actio de eo atque controversia forensis *L.* 7. §. 2. *Cod. de præsc.* 30. *ann.* unde apparet esse et aliam non forensem, tantum sit inter duos, etc.) *apud judicem*, (non judicis, ut Rosbach. *Process. Judic. Tit.* 1. *n.* 3. Hoc vero verbo etiam magistratum complector) *tractatio*: ita malo quam disceptatio, tum quia non in eo totum judicium occupatum, tum ut sic omnia quæcunque ab in jus vocatione ad exsecutionem usque judicati expediuntur descriptio contineat, ut sic definiatur in latiori acceptione, quæ hujus loci est.

2) Isidor. *in C. forus* 10. *de V. S.* dici judicium quasi jurisdictio. Et Cujac. *ad Rub. extra de Judic.* quasi juridicium, Cassiodor. 11. *Variar.* Sed et Varro 5. *de Ling. Lat. f. mihi* 1146. a jure et dicendo declinat. Et *dico* originem habere Græcam a δικάζω: Forcat. *Dial.* 80. *n.* 3. P. Greg. 47. *Synt.* 2. *n.* 1. Latissimo igitur sensu, vocis origini convenienti amplius est quam ut ad caussas forenses restringatur, Arn. de Reig. *Disput. Process.* 1. *Th.* 2. Quin ut judex generalius vocatur etiam magistratus *infra C.* 1. *et C.* 21. ita judicium etiam ea, quæ jurisdictionis sunt, et in jure expediuntur, complectitur, nec contentiosæ tantum, sed et voluntariæ. Fac. *L.* 4. §. 1. *de interr. in jur. fac.* et omnino *L.* 34. *de LL.* in verbis: *contradicto judicio*, id est contentioso, unde liquet esse aliud non contentiosum, Wes. *ad Rub. Cod. hoc tit. n.* 100. diss. Sc. Gentil. 1. *de Jurisd.* 18. Latiori vero, qui hujus loci, totum jurisdictionis actum seu processum, dum negocium discutitur, a citatione usque ad executionem, quæ pars ejus postrema, *C.* 6. *extra de Sent. et re jud.* continet, Wes. *ad d. Rub. n.* 19. Strictiori autem acceptione sicuti judex dicitur qui datus, seu delegatus est: ita judicium tractatio coram eodem instituta, seu, ut Wes. *d. n.* 19. progressus judicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet, Maranta *Specul. aur. P.* 5. *n.* 2. Et sic differunt judicare et jus dicere *infr. d. Cap.* 6. Eoque modo verum, quod Forcat. *Dial.* 80. *n.* 3. sine actione neminem esse in judicio *L.* 6. §. *ult. de neg. gest.* nec fingi posse judicium sine actione civili vel criminali. Quin et judicium sæpe pro actione sumitur, *Rub. C. de contrar. tut. judic. Leg.* 19. *Cod. de excus. tut. L.* 2. *Cod. de in lit. dan. tut. L.* 6. *Cod. si ali. res pig.* Cic. 3. *Off.* Mercer. 1. *Opin.* 13. qui tamen errat dum judicium accipere *L.* 8. §. 2. *Qui satisd. cog. et simil.* idem esse censet quod actionem intentare, cum immo litis contestatio per eam formulam significetur. De aliis acceptionibus vocis vid. Wes. *in Rub. C. hoc tit. n.* 10. *et seqq.* Maranta *Speculi aurei P.* 1. *tota.*

3) Non est hæc primaria aliqua, sed nec genuina divisio. Si enim arbiter non proprie judex, *infra. Cap.* 6. *n.* 2. *N.* 3. nec arbitrium proprie judicium. Quare non sunt hæ ejusdem generis species univocæ. Plures autem divisiones, quas nostri tradunt, a caussa efficienti materia et forma hic non persequor. Vid. Maran. *Specul aur. P.* 4. P. Greg. 47. *Synt.* 4. Suarzenthal. *Lib.* 1. *Process. C.* 3. Arnold *de Reig. Process. Disput.* 1. *Th.* 4. *et seqq.* et late *Thesauro jur. f.* 815 *et seqq.* Rosbach. *Process. Tit.* 1. *n.* 4. *et seqq.* Wes. *in Rub. Cod. hoc tit. n.* 92. *et seqq.* Ex illis autem omnino reprobanda, qua aliud competens, aliud incompetens statuunt, Rosbach. *d. Tit.* 1. *n.* 6. Wes. *ad Tit. Cod. de jud. n.* 98. Perinde enim est ac si hominem alium verum, alium fictum vel pictum diceres. Quin definitioni, in qua fere omnes generis loco, *legitimum* vel actum vel disceptationem vel quid simile ponunt, plane ea non convenit.

4) Aliquando tamen inter consentientes judicium est, et inter eosdem ex ipsorummet conventione sententia fertur *L.* 26. *de re judic.* quæ non pugnant. Perpetuo enim verum, quod reus judicium detrectare non possit, qui sensus est *d. L.* 83. §. 1. etsi interdum is bonam fidem agnoscat, ac quod præstare necesse est sponte sua et libens potius quam coactus præstet. Quo casu sane regulariter in confessos nullæ partes judicantis, *infra Lib.* 28. *Cap.* 1. potest tamen ita conveniri, ut certa sententia feratur, quo uterque vel alter de jure suo certior sit propter rem judicatam, Bus. 1. *Subtil.* 13. Et ut major sit fides rei extrajudicialiter gestæ, possunt partes petere, ut ad initas conventiones servandas condemnentur, ut si deinde alter a placitorum fide discedere velit, auctoritate rei judicatæ paratam exsecutionem habentis coibeatur, cujusmodi exemplum refert Rutger. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 4. *et Q. Camerali* 9. licet neutro loco *d. L.* 26. mentionem faciat. Atque hæc genuina, opinor, sententia *d. L.* 26. etsi Pac. 7. *Q.* 5. de conventione post litem cœptam eam accipiat; et Donellus noster *ibid.* speciem ejusmodi ponat ubi absque conventione contra pronunciari debuit. Veluti si sors cum usuris petita et utrumque deberi probatum, actor autem deinde usuras remitti velit, item si minus petiit et plus deberi probavit, nec reus in id quod superat sententiam refugiat. Hinc et apparet quara alia ratio arbitrii *L.* 19. *pr. de rec. arb.* non tantum quod illud liberum nec necessitati adstrictum, ut judicis potestas Don. *ibid.* Bus. 1. *Subtil.* 13. sed et quia ratio t finis idem ad arbitrium eligendum partibus non potest esse propositus. Aliter Theodor. straitman. *antinom. LL. civil.* 37.

1. *D. de recept.* ad hoc judicium referri debet; quoniam arbitri sumuntur et arbitrium recipiunt ex litigatorum compromisso *d. L. pen. D. de jud.* Id est, sic ab initio litigatores in arbitrium consentiunt, quo arbitrium ratum sit, ut compromittant; id est simul et invicem promittant se arbitri sententiæ staturos; et nisi pareant, promittant pœnam. Unde ex compromisso quod arbitrii recepti proprium est, ipsum arbitrium intelligitur. Atque hinc etiam vis arbitrii animadverti potest. Est hæc igitur, ut si minus sententiam arbitri recte executioni mandari potest; at certe pœna teneat litigatores, qui sententiæ non paruerint; cujus pœnæ metu coguntur alia via arbitri sententiæ stare. Interdum etiam ex constitutionibus Justiniani sententia arbitri executionem paratam habet, quanvis raro. Hinc arbitriorum frequens usus, dum litigatores fugientes judicii moras et sumptus, reformidantes sæpe judicum vel imperitorum vel corruptorum adversarias sententias, malunt se hominum amicorum sententiæ subjicere, quorum prudentiam, fidem certe et integritatem perspectam habent, nec periculosam sibi fore sentiunt. Quod cum confirmari publice utile esset, ut esset hæc quoque constituta via ad finiendas lites, quas in republica aut nullas esse, aut quam citissime dirimi publice expedit: *L. quidam, D. si cer. pet. L. ult. D. pro suo* etiam hæc judicia jus civile ad suam curam revocavit, et quibus conditionibus cogendus esset arbiter sententiam dicere, quibus sententia dicta rata esset sine injuria, prospexit. Ac de eo jure inter judicia agitur: estque id argumentum *Tit. D. de recept. qui arbit. recep.* et *Titul. C. de recep. arbit.*

VI. Quamobrem et de eo genere nobis in hac tractatione cognoscendum est. Sed fiet postea. Scimus quidem de eo tractatum esse prius, quam de vero judicio tum in Pandectis, tum in Codice, quod argumentum est, et eumdem ordinem servatum esse in edicto perpetuo. *L. 2. D. de statu homin.* Neque id non recte, si propositum atque usum litigatorum in arbitriis spectamus. Non enim solent litigatores venire ad arbitros, nisi ut judicium vitent; non solent unquam, nisi de re nondum judicata, cum sciant, ubi judicata res est, supervacuam esse omnem aliam privati sententiam, quæ rem ante judicatam rescindere non potest. Mihi autem et id quod nunc agitur, et juris de arbitriis constituti ratio exigere videtur, ut prius de judiciis, postea extremo loco de arbitriis dicatur. Instituimus quærere eam vim, qua utamur adversus invitos ad nostrum obtinendum. Hæc vis non est in arbitriis et potestate arbitrorum, sed in judiciis. Prius igitur hæc nobis constituantur. Tum autem quæcunque arbitriorum vis et potestas futura est, placet compromissa, id est, arbitria ad similitudinem judiciorum redigi, ut horum scilicet leges sequantur. *L. 1. D. de recep.* Natura autem necesse est, semper prius esse id, unde exemplum et similitudo ducitur: prius, quod legem et exemplum præbet, quam id quod eam legem sequitur. Sint ergo arbitria proposito litigatorum et tractatione judiciis priora; juris certe cognitione posteriora esse necesse est: cum nunquam recte arbitrii formam atque ordinem cogituri, et ad rem collaturi simus, nisi prius formam judicii et leges cognoverimus, quas in arbitrio recte informando sequamur.

VII. Illuc igitur redeo non omne jucium ad cogendum debitorem ut volumus esse idoneum: sed id solum, quod est magistratus et judicum, publica scilicet judicandi potestate præditorum, quod idem necessitatem parendi litigatoribus adfert. Quare et de eo ut institutum et juris ratio postulat, jam dicemus. Et ne hoc quidem omne est idoneum. Ut in cæteris rebus quod factum esse jus jubet prius quam alio perveniatur, id factum sic interpretamur, si rite et jure factum sit, non vitiose, et contra jus: quod autem secus fit, id nec factum videtur: *L. quoties, D. qui sat. cog. L. 4. §. condemnatus, D. de re jud. L. non dubium, C. de leg.* sic et in judicio, quod ad adversarium cogendum præcedere debet, sciamus hoc idem exigi, ut justum et legitimum judicium sit, quod præcedet. Quod secus fiet, id nec judicium habendum, nec continere judicati auctoritatem. *L. 4. C. de sent. et int. jud.*

VIII. Justum et legitimum judicium tunc erit, cum in singulis partibus judicii, et rebus ad id pertinentibus omnia comparata erunt ad formam et ordinem jure civili præscriptum. *arg. in d. L. 4. C. de sent. et interl. L. 1. C. de exs. rei jud.* Id quale sit ex partibus et caussis judicii æstimandum est. Constat omne judicium his rebus [5] quatuor ve-

5) Maranta *Specul. aur. P. 2. n. 15. et seqq.* 7. caussas refert ut sunt Materialis, caussa seu lis; Efficiens, Personæ; Formalis; Ordo judicii Substantialis: quo refert libellum, litis contestationem, juramentum calumniæ, probationem: Naturalis, quæ de natura judicii

velut partibus, vel potius caussis: Personis ad judicium pertinentibus; rebus in judicium deductis; forma et ordine actionis; fine agendi. Personæ ad judicium pertinentes sunt, ut actor, reus, judex, et si quæ in judicio adjuvant, ut advocati, procuratores. Res in judicium deductæ, ab actore sunt actiones; a reo exceptiones et omnis generis defensiones. Forma et ordo actionis ejus, quæ judicium continet, posita sunt in his partibus, atque hoc partium processu; vocatione in jus: litis contestatione; caussæ tractatione cum judicis cognitione conjuncta; et sententia judicis. Finis agendi, litigatoribus quidem, ut obtineant: judici autem ut jus dicat, et dicendo suum quibus oportet tribuat. Hæc sunt quæ justum omne judicium in se habet: quibus velut in conspectu positis speciem et figuram totius judicii tanquam ædificii jam ab initio informatam videmus, earumque omnium rerum summam, de quibus in recta judicii institutione et persecutione quærere debeamus.

IX. De his multa sunt constituta jure civili: non sane litium augendarum, aut protelandarum caussa; sed dum cavetur, ne qua hic fiat reo injuria; quem et recte audiri, et defendi, et apud idoneos judices caussam agere publice omnium interest. Cum autem non tantum multa sint; sed et varia, eademque non fusa per omnes partes, sed accommodata ad quamque partem ejusque partis propria: de his sine certa ejus juris confusione et perturbatione permistim dicere non possumus. Ita res et recta ratio hoc exigit, ut de his separatim et sigillatim dicatur: quod et deinceps sequemur. Est quidem apud Justinianum, quod et verum est, in §. *ult. Instit. de pœ. tem. lit.* omnium actionum instituendarum, proinde et judicii quod ab actione inchoatur, principium ab in jus vocatione proficisci. Sed apparet hoc dictum esse de judicio tum, cum ad id cum adversario instituendum ventum est, quærimusque quam hic formam quemve ordinem servare debeamus; non cum omnia quæ sunt in judicio per se volumus spectari. Quod cum fit, omnia prius et in personis, et in jure tum nostro, tum adversarii nobis cognita, et cogitata esse debent, quam ad judicium inchoandum veniamus. In quibus ut recte et sine periculo actionem instituas, prima cura esse debet personarum, quæ in judicio versantur, ut quæratur, quis, cum quo, apud quem recte agas, et quorum opera ad caussam recte utaris. Unde in Pandectis et Codice ad judicium futurum recte instituendum videmus statim initio actum esse de magistratibus, eorumque officiis, de judicibus, eorumque jurisdictione: neque ita multo post ante litis contestationem de postulantibus, de advocatis, de procuratoribus. Denique longe aliud est judicium informare præceptis ad cognitionem et rectam institutionem necessariis; quod fit, cum de universo judicii jure tradendo agitur, ut nunc facere cogitamus: aliud ex his quæ ante perceperis, judicium instituere, et cognitionem præcedentem ad rem usumque transferre.

ex. gr. ut ubi cœptum, ibi finiatur; Accidentalis, cujus sunt quæstio incidens, exceptio contra personam adversarii vel testium, etc. et Finalis sententia definitiva. Wesenb. *in Rub. C. de judic. n.* 49. Partes, ait, integrales duas præcipue esse: prima et secunda instantia, sed hæc accidentalis, et sæpius abest. Unius instantiæ partes tres, prima, media, postrema, etc.

CAP. IV.

Quæ personæ ad judicium pertineant. In primis de actoribus: Qui ex his conditione personæ in judicio consistere, aut pro tempore agere non possint.

Personæ quæ ad judicium pertinent aut necessariæ, aut adjuvantes. I.
Necessariæ personæ tres; quæ illæ, et cur tales. II. III.
Adjuvantes quæ sint. IV.
Utrasque idoneas esse oportere, et quæ sint ejusmodi. V. VI.
Actorem esse judicio idoneum, quicunque nominatim non prohibetur. VI.
Prohibentur servi, filiifamilias, et interdum patresfamilias. VII.
Servi in totum duabus caussis exceptis, et quæ sint. VIII.
Filiifamilias recte agunt de peculio castrensi, aut quasi, etiam invito, patre. IX.
Prohibentur agere de adventitio, si ususfructus sit patri quæsitus. X.
Sin adventitia in solidum quæsita filio, aget hic aliquando consentiente, interdum et invito patre. XI.
Consentiente, *quando ususfructus patri potuit acquiri si vellet; et quomodo.* XII.
Invito *patre, cum ei, etiam si velit, non acquiritur ususfructus; et quando.* XIII.
Ratio; et contrariorum amotio. XIV. XV.
De profectitio peculio nisi absente patre, ejusque procuratore non agit filius; et ut damnum aut fraudem amoveat; non aliter. XVI. XVIII.
Agit vero sive ex maleficio, sive ex contractu ex Juliani, et Ulpiani sententia; (utriusque conciliatio). XVII.
Utili tamen, non directa actione. XIX.
Actio profectitiæ dotis a patre exercetur: illo absente a filia ejus nomine. XX.
Patresfamilias arcentur a judicio, si pupilli aut minores; nisi adversarius eos approbet; et quid si pro his judicatum fuerit. XXI. XXII.
Excipitur caussa momentaneæ possessionis, et quare. XXIII.
Item si sint Magistratus annui aut biennales; et hi sive provinciales sive Urbani. XXIV.

I. Ex iis ergo locis, quos supra posuimus, primus est in personis ad judicium pertinentibus; in quibus liceat caussam judicii efficientem agnoscere. Earum quædam sunt necessariæ, quædam [1] adjuvantes. Necessariæ ad judicium sunt, sine quibus judicium omnino consistere non potest: ut si qua earum desit, recte dicturi simus nullam esse sententiam si qua intervenit, nullam auctoritatem judicati. Adjuvantes sunt, quibus judicium natura sua carere potest, ut si non adsint, non eo minus judicium consistat; adhibentur tamen interdum extrinsecus, adhibitæ judicium adjuvant, quædam litigatoribus utiles, quædam judicibus.

II. Necessariæ personæ quas dico, sunt [2] tres: litigatores duo, inter quos de re aliqua controversia est, et judex, apud quem de ea re agitur, personæ breviter comprehensæ in §. 1. *Inst. de act.* litigatorum personæ in usu juris ita nominibus distinctæ, ut qui agit, et litem intendit, ex re actor, nonnunquam [3] pe-

1) Vulgo illas principales vocant, has accessorias P. *Greg.* 47. *Synt.* 8. Vult. 2. *jurisp. Rom.* 1. *n.* 4. Rosbach. *Process. judic. tit.* 10. *n.* 1.

2) *L.* 14. §. 1. *de cond. furt.* Generalius autem auctores quicunque lites in foro tractant, communi nomine litigatoribus, nam et reus agere dicitur, vid. *supra N.* 5. et advocatis, Pollet *Lib.* 2. *Hist. fori C.* 1. Et Wes. *in Rub. C. Qui leg. pers. standi n.* 8. quandoque advocatum sic vocari *L.* 1. *C. Ne lic. potent.* quandoque procuratorem *L.* 25. *de Procur.* sæpius datum a tutore curatore vel procuratore *L.* 11. *C. de Procur. L.* 10. *C. de act. a. tut. dando etc.* vel etiam a corpore aut collegio, vid. Jo. Monach. *Pract. judic. P.* 2. *Tit. de Actore. C.* 1.

3) In *Cap. nullus* 1. *Cap.* 4. *Quæst.* 4. dicitur: In omni judicio 4. personas necesse est semper adesse: judices electos, accusatores idoneos, defensores congruos, atque testes legitimos. Convenit Isidor *Cap. forus* 10. *de V. S.* Sed utroque quoad testes nihil falsius. Sane et plures uno judicio, agere conveniri, judicare possunt, sed loco unius sunt *L.* 9. *de pact.* Wes. *ad t. C. de ord. iudic. n.* 10.

petitor, ut *L. quinquaginta*, *D. de probat.* is cum quo agitur, uno verbo reus dicatur. *L. 1. D. de exc. L. in exceptionibus*, *D. de probat. L. 1. D. de ed. L. ult. C. eod.* ubi monendi sumus reum ita dici per excellentiam: cum alioqui auctore Cicerone [4] rei a re dicti sint ambo, inter quos de re aliqua agitur. Unde duo rei non solum promittendi dicti, sed et stipulandi. Sed præcipue res agitur ejus a quo petitur, qui si damnetur, non tantum de sumptibus litis, sed et de re ipsa præstanda, de qua agitur, in discrimen venit. Interdum et hi circumlocutione notantur, et is qui agit, de actore dicitur, ut in *L. verius*, *D. de prob.* de reo, is cum quo agitur. *L. 3. in pr. D. de jurej. Inst. de excep.* in pr. item is a quo petitur. *L. 5. L. 6. C. de eden.* pro quo Cicero in *libris rhetoricis* dicere solet [5] eum, unde petitur. Item is qui convenitur, ut in *L. 3. D. de prob.* aliquando et is qui lite pulsatur. *L. frustra*, *C. de prob.* sic et de judice interdum dicitur absolute, is apud quem agitur, ut in *L. 2. C. de eden.*

III. Has personas tres ad judicium constituendum esse necessarias nemo facile potest dubitare. Nam quod ad litigatores attinet, actorem dico et reum, certum est nullum judicium esse, nisi de lite et re controversa. Est enim judicium seu res judicata id quod ei controversiæ et liti finem imponit. *L. 1. D. de re jud.* Nulla autem lis et controversia nisi inter [6] duos, quorum unus dicit, alter negat; etsi de jure aliquo obtinendo agitur, nulla ea controversia est, nisi inter duos quorum unus quid petit, agitque ut sibi præstetur, alter est a quo ideo id petitur, quia negat se debere præstare. Nullum igitur judicium, nisi inter hos ipsos: quorum eum qui petit, actorem dicimus, alterum reum. Præterea si recte definitur actio jus persequendi judicio: fit, ut quemadmodum nulla potest esse actio sine judicio: sic nec possit judicium pecuniarum esse sine actione. Atqui nulla est actio, nisi in qua unus est qui agit, alter cum quo agitur. Quare nec sine his ullum judicium. De judice, supervacuum est monere, sine hoc nullum judicium esse posse, cum proprie non sit judicium nisi in eo qui judicat. Is autem est judex. Hoc de supra scriptis personis certe statui eo spectat, ut sciamus quam ex his personis judicio abesse cognoverimus, hanc certe efficere, ne sit judicium, ne ulla auctoritas rei judicatæ. Finge vere aliquem debitorem esse, qui decem debeat Titio. Frustra ullus magistratus aut judex debitorem compertum condemnet Titio, ut pecuniam solvat, si neque Titius, neque Titii nomine quisquam de eo apud judicem egerit. *argu. in L. 2. C. comminat. epist.* Multoque citius dixerimus nullam partem judicii, aut vim rei judicatæ obtinere, si quis magistratus aut judex absentem, adversus quem præsentem judicium inchoatum non est, præsenti petenti condemnarit, præstarive quid jusserit, aut quid omnino adversus eum decreverit. [7] *L. judex*, *C. comminat. epist. L. eaque*, *L. ult. C. quom. et quan. jud.*

IV. Adjuvantes personæ, quæ judicibus utiles sint, sunt assessores, apparitores, quæ litigatoribus sunt advocati, patroni, pro alio qui postulant: item qui alieno nomine agunt, vel conveniuntur, procuratores, defensores, tutores, curatores, actores, syndaci.

V. De his personis jus quod nobis hic cogno-

4) Cic. 2. *de Orat. Reos*, ait, *appello omnes*, *quorum de re disceptatur.* Et reus uterque litigantium, qui suo nomine experiuntur, sive agant sive excipiant, quod res eorum agatur. Et uterque contrahentium, quod res eorum in obligationem vertitur. Maxime vero conventi res agitur, cui periculum condemnationis impendet, Donell. *ad t. C. de duob. reis*, *a. 2.* Connan. 6. *Comm. 5. n. 1.* Pollet. *Lib. 2. Hist. fori C. 1. et Lib. 4. C. 6.* Cujac. *ad L. 157. de V. S.* Hopper. *Lib. 2. πειθανων pag. 47.* Hortens. *ad Rub. D. de duob. reis* Gœd. *ad L. 6. pr. de V. S. n. 21. et de Contr. stip. C. 5. n. 115.* Andr. Clud. *de Condict. C. 2. n. 66.* Strictius adhuc et usitate reus qui pro capite caussam dicit, cujus conditio, status et qualitas reatus dicitur *L. ultim. 4. ad L. Jul. maiest.* Pollet. *d. C. 6.* Wes. *in Rub. C. Qui leg. pers. standi n. 7.*

5) Dicitur et reus agere *L. 1. in fin. pr. de edendo et L. 27.* in verbis agente venditore *de cont. emt.* (ceu illa exponunt Cujac. 14. *Obs.* 38. Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 15. licet rectius forte Hotom. *Ill. Q.* 36. Sane experiri legimus pro excipere, seu caussam defendere *L. 3. §. 2. Quod quis iur.* ubi Zas. *C. veritatis 8. de dolo et contum.* Vocatur pars fugiens bis in *L. 13. §. 2. C. de iudic. et L. ult. in fin. pr. ac §. 3. C. de bon. quæ lib.* more Græco. Bodin. 3. *de Repub. n.* 324. inde colligens Græco sermone editas fuisse Justiniani leges et in Latinum translatas, quam collectionem reprehendit Cujac. 18. *Obs.* 38.) Sic Plato in Eutyphronte: ἐςι δ᾽ ἡς σοι τὶν δικη, ὦ εὐτύφρων, φεύγεις αὐτην. ἠ διώκεις, Nic. Sudor. *Lib. 1. Disp. civil. pag.* 39. Sic Alcibiades, ab Atheniensibus evocatus ad dicendam caussam, Stultum esse, dixit, reum cui fugere judicium liceat, quærere qui in eo se defendat, Plutarch. *in Apoph. f. m.* 178.

6) *L. inter 62. de iudic.* Quod in civilibus perpetuum, In criminalibus tamen quandoque tam actorem quam reum deesse scribit. Schrad. *de Feud. p. 10. in præamb. n. 5.* quando nimirum judex per inquisitionem generaliter procedit, ut potest *L. 13. pr. de off. præs.* Duar. 1. *Disput.* 38. (falsam scribens regulam, neminem sine accusatione damnandum, contra Cujac. 1. *Obs.* 33. Ræv. 4. *Var.* 11.) licet fama publica tum fictam accusatoris personam habeat *Cap. qualiter et quando 2. de accusat.* Sichard. *ad Rub. Cod. de iudic. n. 2. et 3.* Rosbach. *Process. Tit. 1. n.* 36. Sic quando judex quis admittitur in caussa sua, *supra C. 2. N. 2.* idem judicis et partis officio fungitur. Sed tunc diversa ratione duas personas sustinet. Illic vero reus qui inquiritur certus est, saltem natura et destinatione. Sicuti legatum et donatio quoque necessario requirunt personam accipientis, quæ tamen sæpe ex eventu demum certa fit, Maranta *P. 2. n. 4. et 5.*

7) Quod si adversus plures mota lis, non differtur susceptum judicium, etsi quidam cœperint abesse *L. 44. h. t.* scilicet si res divisionem recipiat, ut tot sint caussæ quot personæ. Secus si tanta communio caussæ ut divisionem non recipiat, Duar. *de Judic. Cap. de var. Judic. præcept. fol.* 161. De inaudita caussa, non damnando vid. Forcat. *Dial.* 81. Ræv. 1. *Var.* 7. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 7. Potest quoque sententia ferri pro absente vel reo *L. 73. pr. de iudic.* Vel actore. Sic enim Ambrosius meminit rei judicio sine adversario victi: Sine, id est absente. Deesse non potest actor, at abesse potest tempore condemnationis, ita Forner. 1. *Rer. Quotid.* 25.

gnoscendum sit, ita est, ut personas idoneas esse oporteat, et quæ ad id quod agunt, in judicio consistere jure possint. Neque vero omnes possunt, quin ab eo adversus quem agitur rejici possint, ac si pergant, nullum judicium sit, certe reo non noceat. Unde illi ab initio justæ defugiendi judicii caussæ, ac totidem hujus generis exceptiones: de quibus suo loco. Licet exempli caussa proponere hoc loco exceptionem procuratoriam, quæ nominatur in. *L. in exceptionibus*, §. *sed etsi*, *D. de prob.* Quare quid hic juris sit de singulis, eodem ordine dicemus.

VI. Ac primum de actore. De hujus persona in judicio hoc quæritur, sitne is qui judicio consistere agendo possit, an vero persona sua prohibeatur. De quo ante omnia in universum statuendum est, quod ad omnes reliquas personas ex æquo pertineat, omnes idoneas esse quæ in judicio consistunt ad eas partes obeundas, quas in judicio sibi sumunt, non si leges permittant, sed si non prohibeant, et generaliter quidquid legibus nominatim proihibitum non est, hoc ipsi permissum et concessum videri *L. necnon*, §. *quod ejus*, *D. ex quib. caus. majo.* *L. mutus*, §. 1. *D. de proc.* *L.* 12. *D. de prob.* Quare et de actore sit hoc nobis constitutum, omnem qui judicio agit, recte in judicio consistere, et suo nomine experiri, si nihil aliud quam de persona quæritur, nisi nominatim prohibeatur, et ut in Codice titulus ad hanc rem pertinens conceptus est, omnes qui agunt legitimam personam consistendi in judicio habere: qui non prohibeantur consistere.

VII. Eorum qui a persona prohibentur agere, [8] tres sunt ordines: servi, filiifamilias, interdum et patresfamilias: quos ordines ideo recte ita distinguimus, quia non una in omnibus prohibitio est, sed uniuscujusque propria: ita, ut in primo sit summa, in cæteris velut ordine facto magis ac magis minuatur.

VIII. Servi in totum in judicio consistere non possunt, sive agant, sive conveniantur. *L. servus. C. de jud.* Quod non eo tantum pertinet, ut si quis servus quem talem esse constat, judicio agat, removeri ab initio jure possit, de quo minus dubitatur: sed etiam ut si quis forte servus pro libero se gerens egerit adversus eum, cum quo in re peculiari contraxerat, et reus sit condemnatus, nulla tamen huic sit actio judicati: non dico quam servus exerceat, quod constat; sed nec quam is domino acquirat: quanvis servus acquirat ex omnibus caussis domino. Hoc ideo, quia ut sit actio judicati prius est ut sit judicium: quo nullum est servo agente. Interdum tamen adversus dominos servis consistere permissum est; sed hoc certis tantum in [9] caussis, in his paucis, quæ comprehen-

sæ

8) De his Wesenb. *in Rub. C. Qui leg. pers. standi n.* 8. *et seqq.* prohiberi alios simpliciter et vel ex caussa naturali, vel ex caussa jurisgentium, ut servi, vel ex civili. Alios relative et secundum quid etc.

9) Quibus addit Wes. *d. loc. n.* 15. caussam momentaneæ possessionis per *L. ult. C. Qui leg. pers.* *L.* 1. *C. Si per vim vel al. mo.* *L. ult. C. Ubi cau. fisc.* Servis in hoc comparari monachos tradunt, Duar. *de Judic. Cap. Qui poss. agere f.* 159. Sichard. *ad L.* 6. *C. eod. n.* 3. *per C. multos* 23. *Dist.* 54. Licet alii non tam statu eos impediri, quam vitæ conditione, quod rebus sacris intenti, sæcularibus vacare non debeant, vid. *C. placuit* 32. *C. nullus seq. Ca.* 2. *Q.* 7. *C. de præsentium* 20. *C.* 16. *Q.* 2. Quin cum licentia Abbatis, si utilitas monasterii exposcat, litem suscipere possunt, *C. monachi* 35, *d. Ca.* 16. *Q.* 2. P. Greg. 49. *Synt.* 2. *n.* 13. Sed et Abbatem in jus vocari a monachis nihil prohibere putat Bodin. 3. *de Rep.* 7. *n.* 334. Excipit quoque monachum in academia studentem. Rebuff. *Privileg. Schol.* 156. Arceri item ob statum deportatos communiter volunt, quia quæcunque sunt juris civilis, in quibus et actiones esse rentur, una cum civitate amittant *L.* 5. *pr. L. ult. de cap. min.* *L.* 17. *de pœn.* Atque inde cum in locum deportationis successerit bannum imperiale seu proscriptio, de quo Gilken. *de Præscript. P.* 3. *C.* 6 Gœd. *de Contr. stip. C.* 7. *Concl.* 4. bannitis agendi facultatem omnem adimunt, adeo ut nec caussas ante damnationem cœptas exsequi eos posse statuant, vid. Gail. 2. *de Pa. publ.* 12. Myns. 3. *Obs.* 30. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 9. Verum ut hæc in bannitis hodie certo jure et ex constitutione imperii obtineant, eandem tamen olim caussam deportatorum fuisse valde dubium. Etsi namque ut plurimum (ante *auth. bona damnatorum etc.*) deportationem sequuta omnium bonorum publicatio, omnesque obligationes activæ et passivæ transierunt ad fiscum, potuit tamen fieri bonis omnibus relictis *L.* 14. §. *ult. de interd. et releg.* vel parte bonorum adempta *L.* 1. *C. de fidejuss.* ubi verbum *exulare* deportationem arguere recte Cujac. 15. *Obs.* 35. Valentin. Franc. *de Fideiuss. C.* 3. *n.* 26. Sturc. *ad L.* 97. *de R. I. n.* 15. contra P. Fab. *ad d. L.* 97. qui intelligit relegationem. Et publicatis bonis quod postea acquirit, non sequitur fiscum *L.* 22. §. 5. *Mand.* scilicet quandiu deportatus vivit, quanvis eo mortuo, cum heredem habere nequeat, itidem publicetur *L.* 1. *Cod. de bon. proscript.* quam ita conciliat, Pac. 4. *Q.* 87. De illis itaque utilem actionem habere potest, ut diserte traditur *d. L.* 22. §. 5. Et recte Duar. *ad Tit. D. Mand. C.* 2. *f.* 1012. deportatum non quidem experiri directa actione, quia ejus formulæ juris civilis: at utili posse, quia ipse actiones iurisgentium, intellige, quæ ex contractibus jurisgentium oriuntur *L.* 25. *Rer. amot.* Et Baro *in L.* 2. *de cap. min.* ac Loriot. *de Jur. Art. Tr.* 17. *et* 3. *seqq. Axiom.* 5. quia, ait, per consequentiam illius contractus agunt. Et cum obligatio ipsis permissa sit utique, et quæ illi consequentia. Scio a multis *d.* §. 5. de publicatis bonis citra capitis deminutionem, atque ita de relegatis exaudiri, Forcat. *Dial.* 82. *n.* 6. Baro a se dissentiens *Lib.* 3. *de divid. et indiv. Oblig. C.* 11. *f.* 275. Cujac. *in L.* 8. *Qui test. fac.* Sturc. *ad L.* 97. *de R. I. n.* 16. Phil. Matt. *ibid. n.* 15. Quibus ipsis bona interdum adimi probant, ex *L.* 7. §. 4. *de interd. et releg.* et de eo textus apertior, quem non adducunt in *L.* 57. §. 1. *de admin. tut.* Et male Govean. *in L.* 11. §. 3. *ad L. Falc. n.* 2. negat relegato bona omnia auferri posse, quod sic eriperetur vita libero et civi. Attamen verba *d.* §. 5. generalia ac indefinite concepta ad speciales hos, eosque rariores, casus restringere incongruum est. Quia ratio subjecta deportato convenit, acquisitionis utique, sicuti eorum, quæ jurisgentium sunt, capaci. Præterea exulem, (is autem proprie deportatus) Cujac. 15. *Obs.* 35. agere posse non obscure probat *L.* 20. *pr. de minor.* Et facit *L.* 8. *de cap. min.* Nec solis civibus Romanis agendi jus fuisse constat inde, quod Romæ certe fuit prætor peregrinus, qui aliis, non civibus jus dicebat *L.* 2. §. *post aliquot* 28. *de O. I.* ubi Cui Auctor *Catelex. de O. I. Lib.* 2. *de Excurs.* 13. Marq. Frecher. 2. *Parerg.* 17. Huc referunt et excommunicatos excommunicatione majori, *C. intelleximus* 7. *de iudic.* quibus exceptio excommunicationis in qualibet parte litis opponi potest *C. exc.* 12. *C. a nobis* 2. *extr. de except.* P. Greg. 49. *Synt.* 2. *n.* 2. Wesenb. *in Rub. C. Qui legit. person. standi n.* 19. Quod et in reconventione obtinet, vid. *infra* 18. *N.* 15. Itemque in *L. diffamari* remedio. Quanvis enim illi quæ quis agit, ordinata sint in finem defensionis, ea tamen ita excommunicato licita, si sit reus necessarius et coactus, Blarer. *in Repet. L. diffama. C.* 2. *n.* 24. et Cæs. Conrard. *C.* 3. *n.* 103. Padilla *in L.* 1. *C. de I. et fac. ig. n.* 52. Idem esse tradit Wes. *d. loc. n.* 20. in his qui ipso jure excommunicati, ut hæreticus, *C. verg.* 10. *de heret.* et periurus *per C. dilecti* 8. *de except. C. querelam* 10. *de iurei.* Quæ quoad periurum, hoc non probant. Neque hæc pœna periurii ullibi clare expressa. Et in *d. C. dilecti* repellitur M. ab agendo non ob periurium solum, sed ob excommunicationem. At in *d. C. querelam* contra jura-

sæ sunt in *L. vix certis, D. de jud.* Summa autem est, si servi de libertate sua laborent, quam a dominis accipere debuerunt, aut dominos horum criminum reos detegant, actioris annonæ populi Romani, census, falsæ monetæ, eodem pertinet. *L. qui se dicit, de jud.*

IX. Filiusfamilias etsi liber est et civis, et peculium ipsius quodammodo patrimonium est, §. *actiones autem, Inst. de act.* non tamen de omni peculio suo nomine experiri potest. Refert, utrum agat de peculio castrensi, vel quasi castrensi, an de adventitio, an de profectitio. De peculio castrensi, omnique caussa inde nata suo jure suoque nomine adversus omnes recte agit, etiam ignorante et invito patre. Nam et de eo agere adversus [10] patrem potest, sive quid pater ex eo peculio possideat, sive ex ea caussa quid debeat filio. Quod certe non fit, nisi invito patre, ut est conditio judicii. *L. lis nulla, D. de iud.* id si filiofamilias adversus patrem invitum licet, multo magis et licebit adversus extraneos invito patre. Hoc ideo, quia hoc genus jam olim constitutionibus proprium factum est filiorumfamilias, placetque in eo filiumfamilias pro patrefamilias haberi. §. 1. *Instit. quib. non est perm. fac. test. L. 2. D. de Sen. Mac.* Idem ergo probandum in peculio quasi castrensi, cui posterioribus constitutionibus idem tributum est. *L. 1. §. nec castrense, D. de col. bon. L. ult. C. de inoff. testam.*

X. Si de peculio adventicio, aut ex caussa hujus peculii agetur; interest, utrum ejus peculii ususfructus quæsitus sit patre, ut fere semper; an vero non quæsitus, ut quibusdam ex caussis receptum est, de quibus diximus suo loco. Si quæsitus patri; quia nihilominus constitutionibus posterioribus semper proprietas acquiritur filio, conveniebat regulis juris, filius de proprietate rerum adventiciarum actionem haberet suo nomine. Constat enim jure civili actionem in rem dominis competere. *L. in rem, D. de rei vindi.* Nec quidquam de hoc jure minuit, quod ususfructus earum rerum est patris. Nam et illud constat, nostrum esse etiam id, cujus ususfructus alienus est. Sed Justinianus hoc casu soli patri actionem dedit de peculio adventicio, tantum hoc excepto, ut agat ex filii [11] consensu, nisi is aut adhuc minor sit, aut longe absit, quibus casibus voluit licere patri soli sine exceptione agere. Hoc in *L. ult. §. ubi autem, C. de bon. quæ lib.* Non ergo licet filiofamilias agere ex hac caussa. Quod tamen sic accipiemus, nisi forte pater absit, aut sit furiosus. Quibus casibus probandum est licere debere filiofamilias et sine consensu aut mandato patris de peculio adventicio agere, dummodo caveat ut in re aliena patrem rem ratam habiturum. Idque recte defendetur exemplo dotis profectitiæ. In qua cum jus idem datum sit patri, quod supra, ut scilicet ejus dotis nomine solus pater agere possit, ex voluntate tamen filiæ; *L. 2.* in princ. *L. 3. D. sol. mat.* placet tamen sive pater absit, sive sit furiosus, nec curator agat, filiam de dote agere posse interposita superiore cautione, patrem rem ratam habiturum. *L. si cum dotem, §. si patri, §. si soluto, D. solu. matr.*

XI. Quod si peculium adventicium in solidum quæsitum est filiofamilias, ita, ut ne ususfructus quidem esset patris; quod quibusdam casibus receptum est, ut ante dixi, de

méntum suum veniens ab officio removeri dicitur, non excommunicari. Sane jure civili adversus transactionem juratam venienti actio denegatur. *L. 41. C. de transact.* Qui casus specialis est nec protrahendus. Quin nec hodie exceptionem excommunicationis in judicio admitti censet Monach. *in d. C. 7. de iudic. a.* 9. et Franciæ generali consuetudine reprobari, Tiraq. *de Retr. lignag.* §. *Gl.* 9. *n.* 282.

10) Adeo ut et ex caussa furti in his pater filio teneri possit *L.* 52. §. 6. *de furt.* non tamen directa actione, quæ famosa, qua nec emancipatione contra patrem experiri potest, sed utili in factum, Cujac. *ad L.* 11. *de dolo.* Freher. *Lib.* 2. *de Existim. C.* 7. *n.* 5. et Pac. 7. Q. 53. dicens, quod verbum furti non ibi nomen actionis, sed agendi caussam designet. Male A. Fab. *ad d. L.* 11. speciale esse in castrensibus, ut actio famosa teneat contra patrem, quia in illis plus juris habeat filiusfamilias quam emancipatus alias, cum non habeat ex constitutionibus, et quia disciplina castrorum charitate liberorum Romanis antiquior *L.* 19. §. 7. *de capt. et postl.* Male nuquam et contra officium pietatis. Sed neque hic quicquam disciplina castrensis vertitur, etc. Superioribus consequens contra alios, ex his caussis agere cum posse, invito patre *L.* 4. §. 1. *de castr. pecul.* Vaud. 1. Q. 48. Sc. Gent. *de Bomat. C.* 26. *p.* 171. Confer. Forst. *de Iurisd. Rom. C.* 6. *in Lege Romuli* 7. *n.* 28. *et seqq.* Claud. Coteræ. *Lib.* 2. *de Privileg. mil. C.* 7. *et C.* 11. Alias regula est filiofamilias actionem contra patrem non dari *d. L.* 4. *de iudic. L.* 7. *de O. et A.* Etsi autem velint in adventitiis, conventionem et obligationem inter patrem ac filium hodie iniri, et consequenter exinde agi posse, quos refert Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. mat. p.* 1. *n.* 17. et probat Sc. Gent. *de Bo. mat. C.* 26. ubi rejicit distinctionem inter adventitia, in quibus ususfructus patri, et in quibus solidum jus filio: cui et adhæret Donellus noster, *supra Lib* 12. *C.* 23. *n.* 9. *in fin. N.* 3. rectius tamen hoc indistincte negat Pinel. *de n.* 17. post alios et Gœd. ut notavi *d. n.* 3. Sane paucis casibus officium Magistratus implorari contra patrem potest: de quibus Sc. Gent. *d. C.* 26. Jure Canonico etsi judicium inter patrem et filium indistincte consistere veliat, per *C. si annum. ult. de iudic. in* 6. diversitas tamen statuenda non est, Sc. Gentil. *d. C.* 20. *p.* 168. *et seq.* Specialis enim constitutio *d. C. ultim.* in litibus seu caussis beneficialibus et spiritualibus, et ita de quasi castrensi peculio, per *L.* 38. *C. de Ep. et Cler.* cum eorum ratione filiusfamilias Deo militare videatur. A Fab. 13. *Coniet* 16. cum ipse Pontifex dicat alias, extra lites eas filium absque patris consensu regulariter in judicio esse non posse. Tantum abest ut ex ejusdem verbis vel mente cum patre ipso regulariter judicium a filio suscipi posse recte eliciatur

11) Sed consensum filii non requiri, Sc. Gentil. *de Bon. mat. C.* 20. sequentia probat (1) quia nec *in L.* 1. *C. de Bon. mat.* nec alibi exigitur (2) quia patri potestas et administratio in illis bonis liberrima *L.* 6. §. 2. *C. de Bon. quæ lib.* (3) quia hoc interveniens, ut apparet (4) quia Procurator ad litem a patre constitui potest invito filio per *d. L.* 1. quæ indefinite loquitur, *C. de bo. mat.* (5) Nec tutori consensus pupilli necessarius. Speciale esse in uno casu hereditatis adventitiæ, de quo *d. L. ultim.* §. 3. Ratio differentiæ, quia nec olim hereditas filiofamilias delata, etsi patri in solidum quærebatur, adiri poterat sine filii consensu *L.* 13. §. *ult. de acq. her.* Ibid. refellit Gentilis eos qui cautionem rati a patre, de adventitiis hisce agente, exigunt.

de quibus comprehensum est in *auth. excipitur*, et duabus seqq. *L. ult.* §. 1. in fin. *C. de bon. quæ lib.* hic placet actionem competere filio, quam et exercere possit: sic tamen, ut quandoque non possit eam intendere nisi consentiente patre; interdum possit et ignorante patre et invito.

XII. In quo hæc distinctio rerum tenenda est. Si res aliunde obveniens delata filiofamilias, quam adventiciam dicimus, in ea caussa sit, ut ejus ususfructus acquiri possit patri, si is velit: placet quanvis patre delatum repudiante, cœperat res in solidum ad filiumfamilias pertinere, et actio in solidum facta esse filiifamilias, tamen non posse eum agere, nisi consentiente patre. Constitutum id est a Justiniano in hereditate filiofamilias ex testamento aut ab intestato delata: quæ si aditur volente patre, ususfructus ei acquiritur jure communi: sin pater recuset, vult quidem Iustinianus tunc hereditatem in solidum acquiri filio, ejusque solius esse eo nomine actiones, quarum commodum solus capiat, et incommodum sustineat solus: sed hac lege, ut filius agat tantum consentiente patre, nec aliter judicium consistat. Et ne videatur hoc exigere cum injuria filii (quid enim, si pater nolit consentire?) jubet necessitatem per officium judicis patri [12] imponi, ut filio agenti consentiat. Hoc Justinianus in *L. ult.* §. 1. *C. de bo. quæ lib.* Cogetur autem pater remediis consuetis magistratus, vel multa dicta, vel pignoribus captis. *L.* 1. §. 1. *D. de insp. ven.*

XIII. Quod si res aliunde obveniens ita erit, ut ejus ususfructus jure non acquiratur patri, etiam si velit, veluti si legata sit aut donata filiofamilias ea lege, ne ususfructus ad patrem perveniat, et si qui sunt similes casus, de quibus in *d. authen. excipitur*, et seqq. hic puto filiumfamilias sic de hoc genere rerum agere posse suis et directis actionibus, quæ ejus sunt, ut possit agere non solum absente et ignorante patre, sed etiam [13] invito.

XIV. Moveor, quod filiusfamilias res in totum sibi quæsitas, ita ut nec ususfructus acquiratur patri, alienare potest etiam invito patre. *L. ultim.* §. *filiis autem. C. de bon. quæ lib.* Quidni igitur et de his agere possit sine consensu patris? Nam si sententia secundum filiumfamilias dicetur, ipse sibi acquirit: ad acquirendum non eget alieno consensu, et auctoritate. Non enim eget ne pupillus quidem *Inst. de auct. tutor.* Sin dicetur sententia adversus eum, videbitur quidem filius isto modo rem alienasse: sed jam diximus id ei facere licere vel invito patre. Multo ergo magis eo absente aut ignorante. *L. qui potest invitis. D. de regul. jur.* Præterea quod quis si velit, habere non potest, id eum repudiare non posse regula juris est. *L. qui potest facere*, §. 1. *D. de regul. jur.* Jam vero ea species proponitur, in qua pater nihil habere possit etiamsi velit. Quare ne putemus hic eum recusatione sua detrahere filio posse vel rem ipsam vel ejus rei actionem. Quod si ita est, quid opus est patris consensu in ea re, in qua etiam si præsens dissentiat, nihil nocet? Bene Proculus in *L. Cornelius, D. de hered. instit.* supervacuum esse ait exspectare voluntatem, ubi *etiam ea non adjecta idem futurum fuit.* Tamdiuque hæc sententia retinenda est in ea specie bonorum, de qua loquimur, quandiu nihil in ea aperte exceptum de patris consensu videbitur. Nihil autem reperietur.

XV. Nam quod in *d. L. ultim.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* Justinianus filiofamilias agente exigit consensum patris etiam in iis rebus, quarum ususfructus non acquiritur patri; huc non pertinet. Exigit enim in iis rebus, quorum ususfructus acquiri potuisset patri, nisi repudiasset. Ideo ergo merito in actione de his rebus a filio instituenda exigit istum consensum patris, ut hoc ipsum sciri possit patrem

12) Remediis prætoriis. Quod si nec sic compelletur, prætore decernente judicium procedet ac contumacia habebitur pro consensu. Nam contumax loco absentis habetur. At si pater absit, filius non requisito consensu agit. Ergo, et si contumax in consensu præstando. Sc. Gentil. *de Bon. matr. C.* 26. *p.* 177. *et seqq.*

13) Ita et post Lothar. et Bart. Sc. Gent. *d. C.* 26. *p.* 176. *et* 2. *seqq.* quia, inquiunt argute in casu repudiatæ rei, cujus ususfructus patri acquiri potuit, requiri ejus consensum in signum factæ repudiationis et ut de firmitudine judicii futuri securus sit reus, neve possit objicere judicium nulliter intentari, quia patris sit ususfructus ejus rei, et ad eundem actionis exercitium pertineat. Periculum hoc nullum si res talis, in qua pater nec si velit sibi quidquam vindicare potuit. Verum alii, iique plures, cum Accursio, teste Gent. *d. C.* 26. contra semper consensum patris exigunt, cum quibus A. Fab. 13. *Conj.* 6. et recte, ni fallor; quia ratio Justiniani in verbis; *ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere*, ad necessitatem validandi judicii refertur cum filiifamilias persona legitima et integra non sit, ut per se in judicio stare possit. Sicque statui expedit tum publice ad conservandum jus patriæ potestatis, nec quoad illa bona penitus exstinctum ut inde constat quod de iis testari non licet, vid. *supra Lib.* 6. *C.* 5. *n.* 8. *N.* 9. tum privatim ipsius filii, cujus commodo consilium patris cedere potest. Neque sic imminuitur conditio filiifamilias, quam Justinianus augere voluit. Quin imo plurimum aucta est, cum antea plane nulla de adventitiis, quippe quæ patri acquirebantur, filiofamilias actio fuerit. Et certe *d. L. ult. pr.* tractat de actione hereditatis jam ante a patre repudiatæ, A. Fab. *d. loc.* nec eo demum casu exigit, quo reus de invaliditate judicii excepit; quia de repudiatione patris non liqueat, sed imo de ea liquere præsupponit. Quibus sic firmatis facilis est argumentorum Donelli nostri infirmatio. Sane in actibus voluntariæ jurisdictionis, quæ judicio non contentioso, se extraordinario, ut vocant, expediuntur, patris consensus non requiritur *L.* 1. *C. Qui admitti Verbis cum ignorante*; ubi Gamil. Plautius *n.* 2. *et n.* 13.

trem eos nec vere repudiasse, et in his actionem et jus solidum permisisse filio. Non est necesse idem requiri de voluntate et repudiatione patris in cæteris rebus: cum certum sit eum in his nec si voluisset, potuisse usumfructum acquirere: proinde nec potuisse repudiare. Jam autem dixi quod quis si vellet habere non potest, id eum nec repudiare posse. *d. L. qui potest facere*, §. 1. *de regul. jur.* Idque est, quod alia regula juris dicitur, ejus esse nolle, qui potest et velle. *L. ejus, D. de regul. jur.* Ne hanc quidem sententiam mutat Justinianus in *L.* 1. §. *ult. C. de ann. exc.* cum ita definit, et in maternis rebus, et in cæteris quæ patri non acquiruntur, filiumfamilias actionem movere non posse, quandiu est in potestate patris: ideo nec eum per id tempus exceptionem temporalem metuere. Apparet enim his verbis loqui eum de iis rebus, quarum proprietas quidem non acquiritur patri, sed tamen acquiritur ususfructus. Talia enim fuerunt et sunt bona materna. *L. cum oportet, L. ult.* in princip. *C. de bon. quæ lib.* et præterea constat ex *d. L. ult.* §. *ubi autem, de bon. quæ lib.* quæ res pleno jure acquiruntur filiofamilias etiam ad usumfructum, semper hoc relictum filio, ut de his agere posset etiam in potestate manens, etsi interdum patris consensum hic exigit Justinianus.

XVI. Si de profecticio peculio agitur, hic jus summum postulabat, ut solus pater de eo peculio ageret, deque omni caussa ad id peculium pertinente, veluti si filiusfamilias negotium alienum gerens pecuniam peculii profecticii in eam rem impenderit, si mutuo dederit, deposuerit, si quid in eo peculio damni passus sit. Nam et peculium profecticium, et quod inde paratur, totum patri acquiritur et veteri et novo jure. §. 1. *Inst. per quas pers.* Sed placuit et de his filiumfamilias interdum agere posse etiam suo nomine: verum his conditionibus, ut neque semper agere possit, neque ex omnibus caussis, neque directa actio ei competat. Primum non semper potest agere. Non enim potest, si pater præsens sit, qui possit de re agere: quoniam ejus actio est, ut ante dixi, de qua ob id pro arbitrio statuere illi concedendum est. Idem est, etsi adsit patris procurator, qui velit patris nomine experiri. Tunc ergo solum ex caussa peculii profecticii licet filiofamilias agere suo nomine, si peregre absit puta studiorum, aut legationis caussa, et nec pater ibi sit, nec procurator quisquam, qui patris nomine experiatur. Conditio adjecta in *L. filiusfamilias*, in princ. *D. de proc. L. si longius*, §. 1. *D. de jud.* Cur ergo hic potius actio illi data in re quam patris esse constabat? nam quidquid hic juris est in peculio profecticio, quidquid partum ex ea caussa, patri acquiri jam ante diximus. Utilitas id suasit: quia scilicet futurum est, ut nisi filio suo nomine agere liceat, sæpe damnum aut fraudem patiatur impune: non convenit autem maleficia esse impunita: et multo minus pati filium dum pater expectatur, laborare contra voluntatem patris: ratio reddita in *d. L. si longius*, §. 1. Sed etsi ita pater aberit, nec quisquam erit procurator patris; non tamen ex omnibus caussis actio de peculio profecticio filiofamilias concessa est. Ut damnum aut injuriam, fraudemve patiatur, qua ipse laboret, exigimus. *d. L. si longius*, §. 1.

XVII. Quod ubi fit, qua ex caussa id accidat, maleficione, an ex contractu, et quo contractu, nihil interest. Julianus quidem putabat filiumfamilias suo nomine nullam actionem habere nisi injuriarum, et quod vi aut clam, et depositi, et commodati, ut refertur in *L. filiusfamilias*, 9. *D. de obl. et act.* Ulpianus autem affirmanter in omnibus in quibus idem damnum et injuriam metuerimus, admisit in *d. L. si longius*, §. 1. *de jud.* Contraria hæc esse putaremus, nisi ipse eodem in loco rem expediret, doceretque quomodo sententiam illam Juliani accipere deberemus. Ibi enim Ulpianus agnoscit Julianum ita scripsisse, ut ante diximus: sed eam sententiam interpretatur, et nominatim producit longius ad omnes similes caussas: idque se facere ostendit motum ratione, qua Julianus usus erat in superioribus illis quatuor caussis. Ratio hæc erat, ne furtum vel damnum injuria impune patiatur filius, dum pater exspectatur. Hanc rationem accipit, atque hinc convenienter Juliani sententiæ ita ratiocinatur. Valet hæc quoque ratio in multis aliis caussis. *Unde*, inquit, *ego semper probavi, ut si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, possit filius agere utili judicio*, quæcunque caussa incidat, in qua idem incommodum filii et eandem fraudis impunitatem metuamus. Nam quod vulgo hæc ita conciliant, ut Julianum loqui velint de directa actione, quam ille in quatuor caussis ab eo relatis admiserit, Ulpianum autem de utili; neque verbis Juliani convenit, et verbis Ulpiani, ac re ipsa plus satis refellitur. Ait Julianus filiumfamilias habere actionem, quod vi aut clam, depositi, commodati, suo nomine. Hoc vero non est habere actionem directam: nam et qui utiles actiones habet, eas

eas habet suo [14] nomine. *L. procurator in rem. D. de proc. L. ult. C. quand. fisc. vel priv.* Ulpianus autem diserte scribit Juliano placere posse filiumfamilias in superioribus caussis utili judicio agere: quod qui dicit, directam actionem competere negat: hæ enim actiones inter se oppuuuntur. §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* Sed et res ipsa cogit id fateri, de quo paulo post.

XVIII. Tantum meminerimus hoc concessum filiofamilias, in iis caussis, in quibus nisi ei agere liceat, aliquid damni aut injuriæ passurus sit, ut fit, cum peculium datum est studioso ad libros, et victum; peregre proficiscenti legationis caussa datum ad res ad eam legationem necessarias. Quod si proponas filiumfamilias negotiatorem, cui merces a patre datæ sint exercendæ, quibus dum carebit filiusfamilias, non eo magis cariturus sit rebus ad victum necessariis, intelligemus de his nullam ei actionem esse suo nomine: quia cesset utilitatis ratio, quæ hanc actionem admittebat. Agere quidem potest filiusfamilias ex omnibus caussis patris nomine, etiamsi de contractu paterno, non peculiari caussa agatur, nec mandatum patris desiderabitur. Sed tum cavere debet patrem rem ratam habiturum. *L. sed et eæ, L. Pomponius*, §. *ult. D. de proc.* quod non item exigitur ab eo, qui agit suo nomine. *L. servum*, §. *ait, D. de. proc.* Ad sententiam superiorem Ulpiani referri debet, quod ab eodem scriptum legimus in *L. factum, D. de oblig. et act.* in factum actiones et filiosfamilias posse exercere. Hoc sentit, ubicunque filiofamilias nocitum sit in rebus peculiaribus, quæ jure sint patris, posse filium actionem exercere suo nomine, non solum si civilis sit actio ex maleficio aut contractu: sed etiam si prætoria ex maleficio; hæc enim dicitur in factum. *L. quia, D. de præsc. verb.*

XIX. Utrunque autem et superioribus conditionibus, et superioribus in caussis filiofamilias agere licet ex caussa peculii profecticii suo nomine, nunquam tamen ut ante attigi, illi datur directa actio, sed tantum utilis, ut diserte scriptum est in *d. L. si longius*, §. 1. *D. de jud.* etiam in illis caussis, in quibus solis Julianus admittebat filiumfamilias actionem habere suo nomine: quæ actio eadem dicitur extraordinaria in *L. cum filiusfamilias, D. si cer. pet.* Et vero alia actio hic filio dari non potest. Jam enim ante dixi, quacunque ex caussa hujus peculii actio est, hanc omnem esse quæsitam patri, ut omnia quæ ad caussam hujus peculii pertinent. Quod si est, omnino directa actio filiofamilias suo nomine competere non potest. Ita restat, ut si qua hic illi detur suo nomine, ea sit utilis, et extra ordinem juris civilis consuetum comparata ex sententia juris. Nam isto sensu utilis directæ opponitur, ut dixi, *d.* §. *ult. Inst. de leg. Aquil.*

XX. Hic nobis ex omnibus ad peculium profectitium pertinentibus excipienda est dotis profecticiæ actio. Hic quanvis dos sit filiæfamilias proprium patrimonium: *L.* 3. §. *ergo, D. de minor.* tamen actio patri data est, quam ille solus exerceat, quamdiu filia in potestate est, etsi ex voluntate filiæ. *L.* 2. *L.* 3. *D. sol. mat.* Et quidem patri ita data, ut quanvis pater absit, aut sit furiosus, nec sit quisquam, qui patris nomine jure experiatur: nunquam tamen filiafamilias possit de dote agere suo nomine: sed tantum nomine patris. Sine mandato quidem, ut supra dixi, tanquam una ex liberis: *L. sed et eo. D. de pact.* nunquam tamen nisi pro communi lege eorum, qui alieno nomine agunt, ut caveat patrem rem ratam habiturum. *L. si cum dotem*, §. *si patri*, §. *si soluto. D. sol. mat.*

XXI. In patribusfamilias duæ res agentis personam removent, ætas, et magistratus. Ab ætate pupillum, et adolescentem. Pupilli tutore auctore, adolescentes auctore curatore recte judicio agunt: sine tutoris autem aut curatoris [15] auctoritate agentes non audiuntur. *L.* 1. *L.* 2. *C. qui leg. pers. stand. in jud. hab.* Quod minorum caussa præcipue constitutum est. Fieri enim potest, ut agentes vincantur. Datum hoc ætati, ut si quid adversus indefensos pronuntiatum sit, judicati auctoritate non utatur. *d. L.* 1. *C. qui leg. pers.*

14) Ita et Gifan. *ad d. L.* 9. *de O. et A. n.* 4. Sc. Gent. *de Bon. mat. C.* 26. *p.* 173. *et seq.* scribens Bart. et Accurs. pueriliter lapsos esse De actione quod vi aut clam, de qua *d. L.* 9. contraria videtur *L.* 13. §. 2. *Quod vi.* Unde A. Fab. 1. *Jurisp.* 8 *Princ.* 6. *Ill.* 7. filiumfamilia experiri ea quoad primam partem interdicti si quid vi factum *d. L.* 9. *et d. L.* 13. §. 1. *L.* 19. *Quod vi et clam.* Non item quoad secundam, si clam factum *d. L.* 13. §. 2. Studiosum sine consensu patris in omnibus agere posse putat Rebuff. *Privil. Scholast.* 155.

15) Infantes vero ne quidem cum ea ut nec furiosi ac mente capti, vid. Wesenb. *ad Rub. C. Qui Leg. pers. n.* 10. *et seqq.* Gail. 2. *Obs.* 108. Treutaciuq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Ref.* 6. *de Judic.* Gerard. Maynard. *Lib.* 3. *Decis.* 44. Et ad hoc cogitur minor accipere curatorem §. 2. *I. de curat.* non præcise, sed ita si agere velit, ac si nolit petere judex ex officio dabit *L.* 3. §. 2. *in fin. de tute. L.* 1. *C. qui per tut.* vid Fachin. 8. *Contr.* 60. Gail. *Obs.* 108. *n.* 3. Idem est in mutuo, surdo, prodigo, Wes. *d. lo.* Vant. *de Nullit. ex defectu habilit. n.* 15. quod de surdo solo tradit Zan. *de Except. P.* 2. *C.* 8. *n.* 5. de prodigo Rosbahc. *tit.* 10. *n.* 11. In foro Saxonico mulier nupta vel innuba per se judicio agere nequit, sed adjungendus ei curator ad litem, vid. Landr. *Lib.* 1. *Art.* 44. *et* 46. *Nov. Elect. Augusti* 15. *P.* 2. *ibique*, Moller. *et idem* 1. *Semestr.* 18. Coler. *Decis.* 67. Zang. *d. C.* 8. *n.* 6. Quod tamen non attendi in foro ecclesiastico et consistoriis scribit Wes. *in t. C. de jurisd. n.* 98.

pers. L. contra. D. de re jud. Etsi ergo fieri etiam potest, ut his agentibus adversarius damnetur; tamen quia hoc incertum est, et potest contra evenire, non est æquum in hoc incerto cogi adversarium ancipitis judicii periculum subire. Quapropter quandiu ante rem judicatam his agentibus nullus tutor aut curator erit, jure semper removebuntur, ut in judicio quod nondum consistat.

XXII. Quod si edversarius patietur his non remotis sententiam fieri, et forte adversus eum pro minoribus judicatum erit, non eo minus sententia [16] valebit. Quippe, inquit Gordianus in hanc sententiam, *minoribus ætas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit. L.* non eo minus. *C. de proc.* et hoc est, quod generaliter traditur, quod favore quorundam constitutum est, non debere adversus eos converti quo ipsis noceat. *L. quod favore. C. de legib. L. nulla. D. eod.*

XXIII. Excipienda est in minorum persona caussa momentaneæ possessionis: de qua ita scriptum est in *L. ult. C. qui leg. pers.* momentaneæ possessionis actionem exerceri posse per quamlibet personam. Ergo et per pupillum, si intelligat, quid agatur; multoque magis per adolescentem. Quod sic accipiendum est, ut possint etiam sine tutoris aut curatoris auctoritate. Nam hac interveniente non hæc tantum actio, sed et aliqua quævis per pupillos et adolescentes exerceri potest. *d. L.* I. et *L.* 2. *C. qui leg. pers.* Est au-

tem actio momentaneæ possessionis, quacunque agitur de possessione vel adipiscenda vel retinenda, vel recuperanda, [17] cuius et mentio est in *L. momentaneæ, C. unde vi. L. unica, C. si de moment. poss. ag.* sic dicta quod quæcunque possessio obtinetur judicio possessorio, ea, [18] momento tantum durat ei, qui eam abstulit. Nam hanc sequitur caussa proprietatis, in qua sæpe vincit, qui de possessione victus fuerat, et possessionem ita ad se transfert. §. *retinendæ, Inst. de interd.* Hæc res facit, ut sive minores in hac caussa vincant, non debeat his denegari actio, sive vincantur, sit his adhuc caussa proprietatis integra, nec magnum [19] damnum sit in possessione amissa, quæ etsi quæsita esset sententia judicis tamen non nisi momento erat duratura.

XXIV. Magistratum quoque qui iurisdictioni præest, quique in ea imperium potestatemve habet, qualis discribitur in *L.* 2. *D. de in jus voc.* si est temporalis, puta [20] annuus, aut biennalis, placuit per id tempus, quo magistratu fungitur agere adversus alios non posse neque suo nomine; neque eorum cujusquam qui ad tutelam aut curam ejus pertinent. Hoc intelligimus cautum esse rescriptio Hadriani, quod Græce scriptum exstat in *L. pars, D. de jud.* Est enim jus superius eo rescripto constitutum de iis, quos rescriptum vocat ἀρχοντας. Hoc Alciatus interpretatur [21] magistratus Athenienses, quos annuos fuisse constat: hæc ille *Lib. 4. Dispunct.*

16) Quod generale in omnibus, qui sine curatore nihil gerere possunt, Wes. *in Rub. C. Qui leg. pers. n.* 12.

17) De quo tamen mira nostrorum contentio est. Alii enim solum spoliationis, seu recuperandæ possessionis judicium intelligunt, cum quibus Wes. *Cons.* 1. *n.* 13. *et seq.* per *L.* 8. junct. *Rub. C. unde vi etc. et ad Rub. C. Qui leg. pers. n.* 15. Alii retinendæ, ut veteres fere omnes, teste Rauchbaro *p.* 2. *Q.* 6. *n.* 2. Alii possessionis ejus, quæ non longo tempore mansura et per probationem in petitorio faciendam facile reparari potest. Ut si legatarius occupaverit, et heres se mitti petat in bonorum possessionem, ut Falcidiam vel Trabellianicam deducat. Octav. Chacheran *Decis.* 25. *n.* 7. Alii possessorem summarium quod ordinarium opponunt. Sed recte noster, vid. Cujacius 1. *Obs.* 20. *et in Par. C. si de mont. poss. et C. de interd.* Rauchb. *p.* 2. *Q.* 6.

18) Aliter Cujac. 1. *Obs.* 20. quia statim sine ulla cunctatione restituenda, salvo dominii jure, et Hotom. *ad L.* 10. *C. de iudic.* Wes. *ad Rub. C. n.* 15. quia quam celerrime citra moram judicii quæstio terminetur. Planius Vult. *in L. un. C. Ubi de Poss. agi n.* 28. *et seqq.* scribens voces hanc ignotas ICtis, nec reperiri ante Constantinum. Esse autem epitheon possessionis de qua in possessorio contenditur. Sicque vocari ad differentiam certæ et perpetuæ, de qua aut nulla lis aut quæ est de jure rei. Hæc non constituitur ut perpetua sit, sed habetur ad momentum, quoad caussa petitorio decisa vel aboleatur vel confirmetur ac perpetua fiat. Parlador. 1. *Rer. Quotid.* 9. refellit eos qui hinc inferunt possessionem esse rem parvi momenti, infelicius tamen ipse *n.* 6. sic dici quod sit res maximi ponderis et momenti.

19) Quod si non modicum præjudicium, in integrum restitui posse, vult Trentacinq. 2. *Resol. T. de Judic. Ref.* 6. *n.* 12. Sunt et aliæ exceptiones. Quoad impuberem in petitione alimentorum *L.* 1. *C. de alim. pup. præst.* interdicto de libero homine exhibendo *L.* 3. §. 11. *de lib. hom. exh.* Quidam addunt speciem *L.* 16. *de I. fisci.* Sed non loquitur de actione ulla contra quamvis intentata, sed delatione propria rei incapaci relictæ *L.* 13. *pr. et deinceps eod.* quæ sine judicio, sine adversario. Quoad minorem puberem generalis exceptio in caussis spiritualibus et ab eisdem dependentibus *C. ult. de iudic. n* 6. Trentacinq. *d. loc. n.* 8. Gail. 2. *Obs.* 108. *n.* 9. ut et sunt matrimoniales *C. ex parte* 14. *de rest. spol.* quia cum capax sit matrimonii, etiam actionis conjugii exercendæ. Wes. *d. loc. n.* 12. Idemque esse in caussa dotis, si incidenter de ea agatur, ut a matrimonio dependeat; secus si principaliter, et per se maxime soluto matrimonio, communis censent, teste Trentacinq. *d. loc. n.* 10. (qui ipse tamen post relatas 4. variantes opiniones indistincte negat.) Et in criminalibus minorem non arceri probat Wes. *d. loc. n.* 12. *ex L.* 8. *de accus.* quia ibi pupillus prohibetur. Ergo minor admittitur. Pupillus enim ab accusatione omnimodo arcetur, id est etiamsi tutoris auctoritas adhibeatur, si non suam suorumve injuriam exsequatur, quo casu et pupillus admittetur *L.* 11. *de accus.* non tamen puto sine tutore. Quod et confirmat *L.* 15. §. 6. *d. adult.* quia specialiter L. Julia arcetur ab accusatione adulterii, nisi sui theri violationem vindicet. In aliis si suam suorumve injuriam exsequatur, etiam pupillus admittitur, ut probat *L.* 11. *princ.* junct. *d. L.* 8. *d. accus.* Num vero sine tutore? Subsisto. Puto enim a reliquis accusationibus omnino pupillum arceri, etsi adhibeatur tutoris auctoritas. Denique si minor sine curatore juraverit, se non venturum contra processum et sententiam, valere judicium ob vim juramenti, Trentacinq. *d. loc. n.* 5. Quod si ex juris civilis regulis metiaris, utique falsum est *C.* 5. *Cod. de LL. et simil.*

20) Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 261. Romæ omnes magistratus annuos fuisse ex lege Villia, Livius *Lib.* 40. præter Censuram quæ in sesquiannum prius, deinde in quinquennium prorogata. Et annui fuisse officia probat *L.* 2. §. 24. *de O. I. L.* 36. *pr. de cond. et dem. L.* 4. *C. de suscept. præpos. Lib.* 10. *tit.* 70. Quintilian. Mandof. in *Auna. casib. n.* 121. *et seqq.* Sane et dictatura et magisterium equitum fuerunt semestres, Perion. *Lib.* 1. *de Rom. et Græci mag. p.* 273. Sed Dictaturam Bodinus curationem vocat, ac a magistratu distinguit *d. C.* 2 Temporales an perpetuos esse magistratus expediat, vid. Antimach. *Lib.* 3. *Theorem.* 35. *p.* 760. P. Greg. 4. *de Rep. P.* 5. *n.* 35. *et seqq.* exacte Bodin 4. *de Rep.* 4. *toto* Confer. Scip. Amirat. *Dissert. Polit. in Tacit. Lib.* 1. *Discurs. ult.*

21) Nam magistratus etiam maximarum urbium, cujusmodi Athe-

spunct. C. 6. Antonius Augustinus *in commentario* ad Modestinum hoc verbo omnes magistratus provinciales significari existimat, qui et ipsi annui fuerunt. Nos ad omnes magistratus populi Romani, qui cum imperio sunt, tam urbanos, quam provinciales pertinere intelligimus: et horum exemplo ad omnes omnino magistratus annuos aut biennales, qui usquam sunt, qui modo jurisdictioni præsunt cum imperio. Nec dubitabimus id ita esse, sive verbum ipsum spectemus, sive rescripti sententiam. Verbo dicti sint sane Græcis peculiariter ἄρχοντος; sed non eo minus magistratus Romani eodem verbo appellari possunt: atque adeo si convertere in Græcum velimus, non alio verbo commodiore ad exprimendam Latini verbi magistratus vim uti liceat. Nam ἄρχεσθαι est cum imperio præesse. Hoc autem proprium magistratus. Unde dicuntur magistratus præesse juri dicundo. *L.* 2. §. *post originem, D. de orig. et jur.* et pro eodem tribunali præesse *L.* 1. *D. de jud.* Sed et Cicero *lib.* 3. *de legib.* diserte scribit, hoc ipsum præesse proprium esse magistratus, his verbis: *Videtis igitur magistratus hanc esse vim, ut præsit præscribatque recta, et utilia, et conjuncta cum legibus.* Si de sententia rescripti quæritur, etiamsi rescriptum directum tantum esset ad Athenienses, et scriptum de magistratibus tantum Atheniensibus: tamen ad magistratus populi Romani et similes transferri deberet. Videndum est enim, quamobrem vetetur magistratus annuus, qui cum imperio est, per id tempus quo in magistratu est, judicio agere. Reperiemus duas res illum removere justissimas et æquissimas, potentiam personæ, et modicum tempus, quo abstinere judicio cogitur. Potentia ea est, quæ terrere possit non solum adversarium, ut de jure suo cedat; sed etiam judicem, ne quid facile adversus magistratum, cujus ea jurisdictio est, statuat. Sed et in ea potentia auctoritas magistratus et gratia facile persuadeat judici, ut velit magistratui gratificari. Modicum intervallum silentii facit, ne qua hic injuria fiat magistratui, si et statim non licet jus suum perseqni. Nam ut est in *L. si debitori. D. de jud.* non est magnum damnum in mora modici temporis. Hoc autem multo minus metuendum divitibus et facile agentibus, quales esse solent magistratus: ut eam moram sine ullo incommodo facile ferre possint. Harum caussarum utraque aut par aut major in magistratibus populi Romani, et his urbanis. Proinde et in his, et si qui usquam in jurisdictione pari imperio sunt, idem jus admittendum. *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Postremo ne dubitemus, quod de magistratibus provincialibus rescriptum est, id ad prætorem, et eos qui in urbe jus dicunt, transferre; etiam id faciendum esse nominatim scriptum est ab Ulpiano in *L.* 1. §. *damus, D. de susp. tut.* cujus hæc verba sunt: *cum enim sit in provincia hoc rescriptum, consequens erit dicere et eum cui a prætore mandata est jurisdictio, posse de suspecto cognoscere.*

CAP.

næ, dum Romanis subjectæ fuerunt, municipales habiti. Nec ullæ olim in imperio Romano civitates liberæ, sed omnes privatorum loco, Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 2. *C.* 1. *n.* 49. Et cum Romani quoque magistratus minores agere et conveniri potuerunt *L.* 2. *de in jus voc. L.* 32. *de iniur.* Duar. *de Judic. Cap. Qui agere poss. in fin.* Pac. 3. *Q.* 29. hi multo magis *L.* 29. §. 7. *ad. L. Aquil.* Scip. Gentil. 2. *de Jurisd.* 5.

CAP. V.

De reis: qui ex his conditione personæ judicio consistere, et conveniri non possint.

Judicio conveniri non posse servos ulla de caussa. I.
Nec ideo tali nomine dominos obligari de peculio. II.
Sicut neque ex servi compromisso, nec ex jurejurando per eum delato. III.
Filiosfamilias ex omni caussa conveniri etiam invitos, et invito eorum patre. IV.
Item etsi conveniuntur, non tamen agunt ex omnibus caussis. Differentiæ ratio. V.
De re peculiari profectitia seu adventitia an, et quatenus conveniatur filiusfamilias. Cur hic aliter, atque in actione personali. VI.
Pupillos et minores nulla omnino de caussa per se conveniri judicio posse. VII.
Item nec Magistratus cum imperio annuos: et quare. VIII.

I. Eadem prope reorum, quæ actorum conditio est, cum quæritur, qui conditione personæ judicio conveniri possint, aut non possint: nonnihil tamen dissimilis: de quo ut recte, et distincte statui possit, licet in iis qui conveniri non possunt, eosdem illos ordines observare; servos, filiosfamilias, patresfamilias; ac videre, quid item ad conveniendi facultatem juris sit in singulis. Et de servis jam supra dixi, servos in totum in judicio consistere non posse, sive agant, sive conveniantur. *L. servus*, 6. *L. cum debitoris*, 7. *C. de jud.* Quod jus in his qui conveniuntur præcipue obtinet. Itaque si quis adversus servum actionem sibi dari postulet, non dubitatur, quin servus judicium recte recuset, etiamsi actor de re sua aut ad jus suum pertinente, quæ apud servum sit, experiatur. *d. L. cum debitoris*, *C. de jud.*

II. Sed etsi servus passus sit secum agi, et sententia dicta adversus eum, placet nihil agere sententiam. *d. L. servus*, *C. de jud.* Unde intelligitur, nullam hinc judicati actionem esse, qua condemnatus servus dominum obliget vel de peculio. Jus quidem certum est obligari dominos de peculio ex contractibus servorum. §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Nec minus certum, judicio contrahi. *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecu.* Sed non ideo efficitur judicio cum servo interposito, et servo condemnato dominum ex ea caussa obligari de peculio. Sane enim judicio contrahitur; sed ita, si prius judicium sit, quod institutum est, id est, si jure consistat. Nam et stipulatione contrahi recte dicimus: sed ita, si stipulatio valeat: nam inutilis, et quæ jure non valet, non est stipulatio. Sic nec judicium, quod jure non consistit. Effectum est autem cum servis nullum judicium consistere. Quare nec ullus est ex ea caussa contractus, ex quo dominus obligari possit de peculio.

III. Hoc jure in judiciis recepto, visum est et in iis factis admittendum, quæ judicii instar habent, quod et factum est. Hinc duo hæc in servis improbata ita, ut nullo modo dominis noceant: compromissum servi, et jusjurandum ab eo delatum: non alia de caussa, quam quod servus judicii capax non est: hæc autem judicii vicem obtinent. Servus cum pro libero se gereret, si in controversia quam cum alio interpositam habuit, arbitrum sumpsit, et compromisit pœnam, si sententiæ non staret; quanvis postea victus non pareat arbitri sententiæ, placet tamen actionem de peculio in dominum non esse dandam ex pœna compromissi, quasi ex contractu et stipulatione servi: idque hoc argumento, quia nec si judicio condemnetur servus, datur in dominum actio. Hoc in *L.* 3. §. *si servus*, *D. de pecul.* At unde ista collectio? ex eo, quod compromissa ad similitudinem judicii redacta sunt. *L.* 1. *D. de recep.* Similiter si servus in eadem controversia jusjurandum deferat adversario: et is juraverit sibi deberi: placet in dominum actionem de peculio non da-

dari: quanvis alioqui et jurejurando contrahatur. *L.* 5. §. 1. *D. de pec.* Hoc ex eadem caussa, qua superius, quia jurisjurandi delatio habet instar judicii. *L. qui jurasse*, §. *ult. D. de jurejur.*

IV. Filiorumfamilias non eadem caussa est, si conveniantur, quam his agentibus esse diximus. Filiusfamilias ex caussis peculii adventicii, et profecticii suo nomine aut actionem non habet, aut non nisi ex caussa: et ubi maxime ejus actio esse debuit, sæpe non permittitur ei agere nisi consentiente patre, ut superiore capite docuimus. Diversa caussa obligati et conventi. Filiusfamilias ex omnibus caussis tanquam paterfamilias obligatur: et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest: sic definitio est Caii in *L. filiusfamilias*, 39. *D. de oblig. et act.* Hoc idem aliis verbis Ulpianus in *L. tam ex contractibus*, *D.* de jud. *tam ex contractibus*, inquit, *quam ex delictis in filiumfamilias competit actio.* Quæ cum dicantur, nempe hoc dicitur, cum filiofamilias etiam invito ex omnibus his caussis agi posse. Nam et actio et ex actione judicium sunt in invitum. *L. inter*, §. 1. *D. de verbor. obligat.* Sed et actio non est nisi adversus eum qui debet ex definitione. Non est autem debitor, nisi a quo invito pecunia exigi potest. *L. debitor*, *D. de verb. sign.* Quorsum hoc? ut intelligatur sic cum filiofamilias obligato agi posse ex omnibus caussis, ut possit agi [1] etiam invito patre. Non enim potest adversus invitum agi, si est aliquis, qui dissentiens potest actionem impedire. Quanquam quid opus est verbis; cum dicatur cum filiofamilias tanquam cum patrefamilias agi posse. Nam ut recte agatur cum patrefamilias majore, non exigitur cujusquam alterius consensus. Proinde nec cum agitur adversus filiumfamilias, exigemus consensum patris. Sed et hoc cum dicimus recte fieri ex omnibus caussis, satis declaratur non tantum si ex contractibus agatur cum filiofamilias, sed etiam si ex delictis, licet invito patre, nihilominus judicium consistere. Unde eveniet, ut si filiusfamilias judicio ob maleficium conventus damnatus sit, incipiat is nova actione judicati teneri, idque quasi ex contractu: quia judicio contrahatur, ubi judicium constiterit. Cui jam et illud consequens esse recte placuit, ut ista judicati actione tanquam ex contractu nata pater quoque teneatur de peculio: quanvis initio obligationis inspecto ea caussa fuerit, ex qua pater non potuerit de peculio actionem pati, nempe maleficium filii, cujus nomine pater non tenetur. §. *ult. Instit. de nox. act.* Hæc ad hanc sententiam in *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Omnia ex eo, quod dum cum filiofamilias recte agi dicimus, etiam cum eo judicium consistere, et judicio utili contrahi dicimus.

V. Sed cum filiusfamilias ex omnibus caussis agere non possit, etiamsi de re ab eo contracta agatur: qui fit, ut ex omnibus caussis possit conveniri: cum reorum favor exigere videatur potius, ut si filiisfamilias denegatur actio agentibus, multo magis adversus eos conventos denegari debeat? Dicere enim solemus favorabiliores esse reos, quam actores. *L. favorabiliores*, *D. de regul. jur.* Hoc eo fit, quod longe de alia re agit filiusfamilias, et de alia convenitur. Agit de re ad patrem pertinente, aut certe ea cuius actionem jus voluit esse patris. Non mirum, si hanc in judicium non deducit, nisi iis conditionibus, quibus jus concedit. At tenetur filiusfamilias obligatione sua, non paterna, atque hoc nomine solum convenitur. Ideo recte convenitur ex persona tantum sua sine ullo consensu patris. At enim sive agat, sive conveniatur, ut plurimum agitur de re ab eo contracta. Qui fit igitur ut in eodem contractu si quid inde filio debeatur, ipse non agat, sed pater: si quid debeat, ipse conveniatur, non pater? Quia alia acquirendi ratio est, alia obligandi. Perpetua hæc est regula naturæ, valetque non in extraneis tantum, sed etiam in filiis; unumquemque alterius conditionem meliorem facere posse ei acquirendo, deteriorem facere non posse vel obligando eum, vel ei quid detrahendo. *L. solvendo*, *D. de negot. gest. L. filius*, *C. de pact.* Nihil ergo ad rem pertinet, quod dicitur favorabiliores esse reos, quam actores. Hoc enim tunc solum locum habet, cum par utriusque caussa est actoris et rei, quæriturque, utri favendum sit potius *L. in pari*, *D. de regul. jur.* §. *retinendæ*, *Instit. de interd.* Dissimiles caussæ merito in utriusque persona aliud atque aliud jus postulant.

VI. Sed hæc dicta sunt de actionibus in personam, quibus ideo convenitur filiusfamilias

1) Rosbach. *Process. Tit.* 11. *n.* 12. Sc. Gent. *de Bon. mat. C* 26. *p.* 269. *et seq.* quia in carcerem trudi potest, si nec ipse habeat unde solvat, nec pro eo velit pater, quando non tenetur, vid. supra *Lib.* 12. *C.* 24. *N.* 1. Ex caussa castrensis peculii itidem patri in filium actio, etiam furti utilis *L.* 52. §. 5. *de furt.* Coteræ: *de Privil. mil. Lib.* 2. *C.* 7.

lias, quia se ante obligatione aliqua obstrinxerit aut delinquendo, aut contrahendo. Non idem probandum est, si de proprietate rerum peculiarium, quæ ex peculio adventicio, aut profecticio sunt, conveniantur. Nam hic at res est patris, aut ad curam et possessionem patris ex costitutionibus pertinens. Ideo et patrem in his suscipere debere actiones, placuit quanvis de adventiciis bonis agatur, in quibus solus ususfructus sit patris: tantummodo ut adhibeatur consensus filii. *L. ultim.* §. *sin autem*, *C. de bon. quæ lib.* Quod si rerum adventiciarum proprietas et ususfructus filii erit, repudiante eas res patre; constitutum est a Justiniano sic posse hoc casu filiumfamilias de his rebus conveniri, ut tamen non possit nisi consentiente patre, quemadmodum nec de his nisi consentiente patre agere poterit. *ead. L. ult.* §. 1. in fin. *de bon. quæ lib.* Differentiæ ratio est, quod cum filius actione personali convenitur, etiamsi damnetur, non est periculum, ne videatur de re patris damnari, atque hoc modo patri quid detrahi. Damnatur, ut quid præstet: verum de suo, non de paternis rebus, aut ad administrationem et alienationem patris pertinentibus. Itaque si quid habet proprium veluti peculium, castrense, de eo recte solvet sine injuria patris. Si nihil habet, non est periculum ne præstet de rebus peculiaribus; quoniam hæc non sunt ejus. At cum res patris est, vel proprietate, vel fructu, non potest ea res filio auferri judicio, quin auferatur patri, quod suum est. Hoc vero ut fiat invito patre, concedi non oportet: ac ne tunc quidem, cum dubitatur, an pater repudiaverit rei adventiciæ usumfructum: quam ob caussam et filio suscipiente in ea re actiones Justiniano visum est exigendum patris consensum.

VII. In patribusfamilias animadverto, qui conditione personæ agere pro tempore non possunt, iisdem vice mutua datum, ne possint [2] conveniri. Datum igitur hoc et ætati, et magistratui. Ab ætate [3] pupillis et adolescentibus. Hi ut sine tutoris curatorisve auctoritate agere non possunt; ita sine horum auctoritate multo minus conveniri, ne indefensi damnentur. *L. 1. L. 2. C. qui legit. perso. stan. in jud. hab. L. contra, D. de re judic.* Neque hic ulla caussa excipitur, in qua conveniantur minores, ne [4] momentaneæ quidem possessionis. Volentes ex hac caussa agere per se possunt. *L. ult. C. qui legit. perso.* At non item concessum, ut conveniantur, cum non conveniantur nisi inviti, et præterea futurum sit, ut damnati hoc judicio id quod prius habuerunt, amittant. Magistratus autem [5] annos qui imperium potestatemve in jurisdictione habeant, cautum est eodem illo rescripto Hadriani, quandiu magistratu funguntur, conveniri non posse. *d. L. pars, D. de jud.* Non id datum magistratui ob eandem caussam, qua illi per idem tempus denegatur actio. Denegatur enim, quia jure metuitur ejus potentia, et gratia, a quibus periculum est, ne quid deterius statuatur injuria adversus inferiorem adversarium. Nihil simile metuimus, cum privatus adversus magistratum agere instituit: Nulla enim privata potentia est, quæ infesta esse possit magistratui. Sed nec metuendum, ne qua hic injuria fiat privato, si actionem adversus potentiorem instituat: quoniam si is potentiam magistratus metuit, est in ejus potestate non agere, etiamsi maxime magistratus conditione personæ conveniri posset. Si nihilominus agit, de se quæri debet, nec videri potest volenti, et periculum ultro in se suscipienti fieri injuria. *L. nemo videtur, D. de regul. jur.* Remota igitur hic omni injuriæ suspicione, si magistratus quandiu in magistratu est, conveniatur, non alia puto, videri potest denegatæ adversus magistratum actionis ratio, quam hæc, quod si denegatur magistratui actio adversus privatos, non sit iniquum, ut privati idem jus et adversus se admittant, ne et ipsis sit actio per idem tempus adversus magistratum. Videturque pertinere hujus rei ratio ad illam æquitatem edicti prætorii, qua placet, quod quisque juris in alterius persona æquum esse crediderit, ut id in sua quoque persona valere patiatur. *L. 1. D. quod quis jur.*

CAP.

2) Quod non perpetuum. Excommunicati enim et banniti utique judicio conveniri possunt, Gail. 2. *de Pa. publ.* 12. *n.* 17. *et seqq.* ubi tradit personam rei per citationem actoris habilem effici, ut nulla postea contra eum exceptio audiatur, qui in judicio necessario existit. Et Rosbach. *Tit.* 11. *n.* 4. *et* 5. legitimam personam standi in reo necessario non requiri, quia persona ejus ab adversario approbata, et defensio juris naturalis. In voluntario vero requiri, qui ratione alicujus interesse se sistit etc. add. *C. præced. N.* 9. *sub. fin.*

3) Item Ecclesia sine curatoribus suis et œconomis *L.* 32. *C. de Ep. et cler.* Unde sede vacante judicia ad eam pertinentia cessant active et passive *C. ult. extra. Ne sede vac.* Wes. *in Rub. C. Qui L. pers. n.* 45.

4) Ita DD. comm. et uno ore, ceu refert Trentacinq. *Lib.* 2. *Resol.* 6. *de Judic. n.* 12.

5) Majores scilicet, non minores, nec municipales, vid. *C. præced. N.* 21. Sed et in illis exceptio nisi in officio deliquerint *L.* 4. *C. ad L. Jul. repet.* Pac. 3. *Q.* 29. Et generaliter si periculum, ne dies actionis exeat, hactenus agere et conveniri magistratus potest, ut lis contestetur *L.* 16. *de Off. præs.* vid. Jo. Mauric. *de Rest. in int. C.* 392. Alias deposito magistratu conveniendus. Unde 50. dies ei, qui in provincia magistratum gesserat, permanendum erat. Si excessisset reducebatur, pro diebus 50. 6. menses commemoraturus *L. un. Cod. Ut om. jud. tam civ.* Vult. *in L. ultim. Cod. Ubi de ratiocin. n.* 20. *ad d. Nov.* 8. *C.* 9.

C A P. VI.

De judicibus. Qui idonei judices, et quibus rebus id contineatur. Quid jurisdictio judicum; quid notio.

Judicem idoneum tria faciunt, et quæ illa. I

Auctoritate publica judicare debet. II.

Talis est, atque judicat qui aut solam notionem habet, aut etiam jurisdictionem. III.

Notio duplex; qualis utriusque vis et potestas. IV. IX.

Jurisdictio quid; definitionis partes exponuntur. V. VI. et seqq.

Inesse jurisdictioni imperium, et quale VII.

Jurisdictionis verbo quomodo potestas insit. VIII.

Jurisdictionem habens qui conveniat, aut discrepet ab illo, qui habet notionem dumtaxat. X. XI.

Judicis partitio in ordinarium et delegatum sensu non differt a superiore. XII.

Sed tamen hæc ignota veteribus, et vitio non caret. XIII.

I. EX tribus personis, quas ut necessarias judicium constituere diximus, actore, reo, judice, maxime præter cæteras idoneum oportet esse eum, qui de re judicaturus est: quando et hujus sententia litigatorum caussa stat, aut cadit. Idoneum judicem hic vocamus, ut idoneum testem: ut igitur idoneus testis dicitur in usu juris is, in quo sunt omnia, ut jure testis esse possit: *L. testis*, *L. nullus*, *D. de test.* sic idoneus judex recte dicatur, in quo sunt omnia, ut jure possit esse judex. Ea multa sunt: quæ quoniam uno verbo melius complecti non possumus, quam si idoneum judicem vocemus, idcirco hoc verbo nunc utimur. Ut quis idoneus sit judex, in eo tria sunt. Primum, ut sit per se judex publica auctoritate constitutus, ut præsit alicui judicio. Secundum, ut sit in ea caussa de qua agitur, competens judex, idest is, cujus de ea re jurisdicio sit aut notio. Tertium, ut nec ei adversus quem agitur, justa aliqua de caussa sit suspectus. Et certe non est res recte judicata, nisi judicata ab eo, cuius de ea re de qua agitur est jurisdictio, ut edicto, de actione judicati comprehensum fuisse judicant. *L. 1. L. 5. D. de re jud.* Atqui his verbis pro a illa duo contineri apparet, ut eius qui judicat, jurisdictio sit; et præterea ut jurisdictio de ea re. Quacunque autem in re detur iudicandi potestas, eam hac conditione dari intelligendum est, dum ne qua sit iusta suspicio, quæ iudicem in hac aut illa caussa removeat; veluti, si de re eius agatur. *L. Julianus ait*, *D. de jud.* Quare sive aliquis per se recte constitutus iudex non erit; sive non erit eius de ea re iurisdictio, aut notio, sive iusta caussa eum suspectum faciet: is idoneus iudex non erit, nec quod dixerit, alterutri nocebit vel actori, vel reo. Hinc illæ sententiæ; extra territorium suprave iurisdictionem suam ius dicenti impune non pareri. *L. ult D. de jurisd.* et sententiam a non suo iudice, seu a non competente iudice latam nullius esse momenti. *Tit. C. si a non comp. jud. jud.*

II. In primis eum, quem iudicem idoneum esse volumus, per se iudicem esse oportet. Id ita fit, si [1] publica auctoritate constitutus sit qui iudicio alicui præesset. A privatis constitutus iudex, etiamsi litigatorum consensus erit, iudex esse non potest. In quo iam a principio tenenda est observatione digna definitio, quæ in hanc rem exstat in *L. privatorum*, *C. de jurisdict.* in hæc verba [2]: *Privatorum consensus judicem non facit eum, qui*

1) Unde Wes. *ad tit. C. de pedan. jud. n.* 9. definit quod sit Persona publica inter litigantes media, quæ rem eorum controversam disceptat, id est cognoscit et definit auctoritate publica.

2) Quia potestas publica auctoritate publica constituenda, Govean. *Lib.* 2. *de Jurisd. n.* 35. Vult. *ad. L.* 1. *C. de Jurisd. n.* 59. *pag.* 47. Bron. 1. *Mis.* 10. Et absurdum est privatum unum atque alterum id facere sine populi permissu, quod populi est totius, unumque fortiorem esse omnibus, Vult. ad d. *L.* 3. *n.* 72. et ad *L.* 3. *C. h. tit. num.* 5.

qui nulli præest judicio: nec quod is statuit, rei judicatæ continet auctoritatem. Præesse iudicio est, iure iudicio adhibitum esse, ut ei præsis, id moderere, ac denique pro potestate iudices: et in summa, est in quovis indicio iure eius rei iudicem constitutum esse. Cum autem negat definitio eum præesse iudicio, ac proinde esse iudicem, qui privatorum consensu electus est: satis declarat eum solum judicem esse, qui publica auctoritate sit constitutus, idest, constitutus ab iis, qui pro potestate publica constituendi jus habuerunt. Ergo nec arbiter ex compromisso sumptus, in quod inest maxime litigatorum consensus, proprie [3] judex est: nec quod is dixerit, judicati vim habebit. Non enim dicit pro potestate, nec sententia ejus tenet invitos: quæ sunt proprie judicis. Dicitur tamen judex in *L. penult. D. de jud.* sed judex cum adjectione, nempe de consensu litigatorum, et ut sententiam dicat volentibus. Cæterum re vera judex non est, qui non est adversus invitos, nec effectum dare potest, quod dixerit, neque per se, neque per magistratum. Sit ergo is per se judex, in quo publica judicandi auctoritas et potestas est: denique qui in ea re publico munere, non privato fungitur. Unde et judicandi necessitas dicta: quæ inter munera personalia, quæ publica sunt, habetur. *L. ult. §. defensores, D. de mun. et bon. L. quippe, D. de jud.*

III. Judicum qui pro potestate judicent, quique in eo publico munere fungantur, duo sunt genera. Unum eorum, qui jurisdictionem habent. Alterum eorum, qui ab his judices dati habent [4] dumtaxat notionem. Iddicantur hoc genere duo summa in *L. ult.* in princ. *C. ubi et apud quem cog. in integr. rest. ag. sit. L. penult. D. de jud. L. 5. D. de re jud.* Sunt ergo omnes isti judices, et omnium notio est, sed non omnium jurisdictio. *d. L. 5. de re jud.* Itaque jam ab initio postulat hæc divisio, ut intelligatur, quid in judice vocemus jurisdictionem, quid notionem, et quid alterum distet ab altero.

IV. Et notio in judicibus generis nomen est: notionis species [5] duæ, jurisdictio, et notio, seu cognitio tantum, ut declaratur in *L. notionem, D. de verbor. significat. L. 5. de re jud.* Notio, itemque jurisdictio ita dicuntur, ut actio petitio, persecutio. Ut ergo in usu juris his verbis posterioribus non actum intelligimus, sed jus et potestatem, ut sit notio jus agendi, petitio jus petendi, persecutio jus persequendi: ita notio nihil aliud est, nisi potestas noscendi seu cognoscendi de re controversa. Et quoniam qui de re pro potestate cognovit, de ea et judicare debet, atque adeo cogitur: *L. de qua re, D. de judic.* eo fit, ut notionis verbo, etiam judicandi potestas cognitioni adjuncta intelligatur, sitque notio cognoscendi de re aliqua judicandique potestas. Ut in edicto de re judicata, si id ita conceptum esset, ut polliceretur prætor actionem, si res judicata esset ab eo, *cujus de ea re notio est*, ut Labeo potius scribendum fuisse dicebat: *L. 5. D. de re jud.* nemo non videt eam sententiam futuram fuisse, si res judicata esset ab eo, cujus de ea re cognoscendi judicandique potestas est: non enim potuit judicari, et judicati actionem parere, nisi ab eo, cujus ea potestas esset, quam dixi. Hujus generis species illæ duæ, jurisdictio, et notio tantum. Quod aperte declarat Labeo in *d. L. 5. de re jud.* cum ait, si hæc verba fuissent in edicto, cujus de ea re notio est, futurum fuisse, ut notionis nomen utrosque comple-

cte-

3) *L. 34. §. 1. de min.* Scip. Gentil. 2. *de Jurisd.* 8. Paurmeist. *Lib. 1, de Jurisd. C. 26. n. 1.* Diss. Cujac. *in Par. C. de Judic.* P. Greg. 47. *Synt. 12. n. 2.* Et hi non tam judices sunt quam judicis partes suscipiunt *L. 13. §. 2. de rec. arb. L. 14. C. de Jud.* Et multa utique diversa Govean. *Lib. 2. de Jurisd. n. 31. et seq.* vid. *infra Lib. 28. C. ult.* Et ante Justinianum ex arbitriis nec actio; nec exceptio, cujus rei ratio, in *d. L. 3.* Vult. *ibid. n. 20.* Sed an si in privatum simpliciter consensum, videtur arbiter electus? Ita vult Castr. in *d. L. 3. n. 2.* ut actus valeant. Contra Vult. *n. 22.* quia consensus non satis explicatus, et id nullo jure probatur.

4) *L. 15. pr. eod. L. 4. de tut. dat. Nov. 53. C. 4, §. 1. et Novel. 82. etc.* Sc. Gent. 2. *de Jurisd.* 8. ubi etsi plura genera relata, in *L. pen. d. L. 14. C. de Jud.* tamen ad hæc duo reduci posse, exceptis compromissariis, qui non proprie judices, ostendit. Male autem qui judices alios privatos esse, alios magistratus, Govean. *Lib. 2. de Jurisd. n. 23.* Nam imo omnis judex etsi magistratus non sit, persona publica est. Et delegati quoque habent dignitatem *L. ult. C. Quan. prov. nec. non est. C. ut debitus de appell.* Wes. *ad tit. C. de ped. jud. n. 43.* licet comparatione magistratus privati dicantur, Agell. 14. *Noct.* 2. Tacit. 14. *Annal.* Quem locum Sc. Gent. 2. *de Jurisd.* 27. *pag.* 300. non recte, opinor, accipit de magistratibus ipsis, quasi et hi respectu Senatus privati vocentur. Sic privatus opponitur illustri *L. 32. §. 5. C. de appell.*

5) Wes. *ad tit. C. de Jurisd. n. 4.* Recte quia et judices dati cognoscunt *L. 74. de Judic. L. 12. C. Si contra jus* Gœd. *ad d. L. 99. n. 3,* Notionem esse quamlibet caussæ cognitionem, sive jure magistratus, sive sine eo expediatur, et *n. 5.* definit potestatem cognoscendi examinandique factum. Sed male idem *d. n. 3.* Cognitionem esse eam tantum caussarum notionem, quæ vi jurisdictionis, jure magistratus exercetur *L. 6. pr. de off. præs. L. 4. de off. ejus cui mand. tit. de exc. tre. cogn.* Sic enim nulla conveniens oppositio duarum specierum in *d. L. 99.* Et licet magistratui tribuatur cognitio, quando scilicet ipse caussas examinat, nec alteri delegat, non ideo tamen soli competere consequens est. Quin imo illas ipsas cognitiones extraordinarias a jurisdictione distingui, ex Sueton. *in Claud. Cap. 15.* et in *Nerone C. 15.* ac ex *L. 39. de evict. L. 13. de muner. L. 1. de R. V. etc.* probare nititur Sibrand. Siccama *Lib. 1. de Centum vir. Judicio C. 2.* Aliter diss. Bocer. *de Jurisd. C. 1. n. 26.* volens speciem Notionis esse Jurisdictionem non quamvis, sed specialem tantum, quæ in sola caussæ cognitione ab imperio sejuncta. Qui et *n. 27.* jurisdictionem voluntariam absque omni caussæ cognitione expediri. Sed quatenus Notio etiam ad merum et mistum imperium referri possit, Gœd. *ad d. L. 99. n. 7.* Matt. Steph. 1. *de Jurisd. 2. n. 41. et seqq.*

cæretur tam eos qui jurisdictionem habent, de quibus edicto comprehensum est, quam eos qui non habent, sed habent de quavis alia caussa notionem. Ad quorum etiam res judicatas non minus edictum pertinet. Idem sensit Ulpianus, cum scripsit notionem accipere nos debere, et cognitionem et jurisdictionem. *d. L. notionem*, *D. de verbor. significat.* Hoc enim valet, notionis verbo utrumque contineri, eoque et eo verbo accipi debere, notionem, et jurisdictionem.

V. Jurisdictio quam in judicibus quærimus, de quo nunc agitur, est [6] potestas de re cognoscendi judicandique cum judicati exsequendi potestate conjuncta. Jurisdictio potestatis verbum est, ut notio. Ut cum dicimus neminem jus dicere posse supra jurisdictionem suam, *L. ult. D. de juris.* hoc intelligimus neminem posse supra potestatem ius dicendi quam habet. Et cum dicitur, cujus de ea re iurisdictio est, *L. 5. de re judic.* aperte hoc dicitur, cujus potestas est de ea re jus dicendi. Idemque non obscure declaratur, cum dicitur cujusvis judicis in consentientes esse jurisdictionem. *L. 1. D. de jud.* Est autem in judiciis exercendis hæc potestas cognoscendi judicandive de re controversa. Nam quod etymologia et compositio verbi demonstrat, jurisdictio est potestas juris dicundi. Apparet autem jus dicere esse [7] dicere id quod jus est. Atqui in judicio id tum fit, cum judex caussa cognita judicat id est, de jure litigatorum sententiam ferens, reum condemnat aut absolvit: *L. 1. D. de re jud.* Et Varro *Lib. 5. de lingua Latina* auctor est, judicare dictum esse quasi jus dicere. Nec quisquam hanc potestatem judicandi ideo neget esse jurisdictionis in eo qui jurisdictionem habet, quia potest is judicem dare, qui cognoscat et judicet, integra nihilominus dandi iurisdictione, *L. 3. D. de jurisd.* Ut enim det iudicem, non minus habet potestatem iudicandi, qui iudicare potuit si vellet, ut paulo post dicetur. Sed et qui judicem dedit, cognoscit et iudicat nihilominus, non per se, at per eum quem dedit.

VI. Sed habet hoc amplius iurisdictio, quam in iudice quærimus, quod et ipsum iurisdictionis proprium est; quod isti potestati iudicandi adiuncta est altera, [8] exsequendi videlicet, quod qui iurisdictionem habet, dixerit, iudicarit. Id declarat potestas omnium magistratuum, et eorum qui iurisdictionem habent: qui si sententias iudicum a se datorum exsequi possunt, multo magis possunt suas. *L. a Divo*, in pr. *L. præses*, *D. de re judic. L. qui restituere*, *D. de rei vindic.* Et hoc est, quod Paulus ait in *L. ultim. D. de offic. ejus*, *jurisdictionem sine modica* [9] *coercitione nullam esse.* Coercitium intelligit potestatem coercendi ejus qui, qui sententiæ aut jussui magistratus in jure dicundo non pareat. Ea autem est potestas exsequendi ejus, quod magistratus dixerit: ut hic non aliud dici a Paulo intelligamus, quam nullam esse jurisdictionem sine potestate exsequendi ejus juris quod dixeris: qualis coercitio et executio in caussis privato-

6) In genere hoc conveniunt Coras. 3. *Misc.* 17. *n.* 1. Duar. 1. *Disp.* 55. et probat contra Obrecht. *de Jurisd. C.* 1. *n.* 27. rejicientem id ceu alienum, quia potestas imperii genus sit, notio jurisdictionis, Bocer. *C.* 1. *n.* 3. per *L. ult. de off. præs. urb. L.* 13. §. 1. *de Jurisd.* Utrobique enim judicare jubere, quod jurisdictionis est, potestati tribuitur. Et si licentia vocatur. *L.* 2. *h. t.* quidni etiam potestas. Sane imperium vocatur potestas simpliciter *d. L.* 3. vocis tamen usu ad speciem restricto. Idem *n.* 4. Notionem generis loco recte poni negat, quia et coercitio sit jurisdictionis, cui id genus non competit. Sed imo verum genus jurisdictionis est notio *d. L.* 99. Et licet judicem dare sit jurisdictionis, jussus tamen, seu compulsio dati, ut judicet, est imperii, vid. *not. infra C.* 23. Sicuti et coercitio certe omnino est imperii, licet jurisdictioni conjuncta sit, ab ea tamen re ipsa diversa, vid. *C.* 8. *N.* 23. Cæterum in definienda jurisdictione nimia nostrorum est variatio. Antiqui fere, quos sequitur Zas. *in Par. h. t. n.* 1. *et ad L.* 1. *h. t. n.* 27. describunt, quod sit Potestas publica cum necessitate jurisdicendi et æquitatis statuendæ. Quam refellunt noviores Muscorn. *de Jurisd. n.* 5. *et seqq.* Obrecht. *Cap.* 1. *n.* 26. *et seqq.* Bocer. *C.* 1. *n.* 22. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 8. ubi et alias aliorum examinat. Qui ipse *d. Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 7. aliter definit consideratam quatenus est in ipsa politia. Et aliter *C.* 7. *n.* 1. quatenus in magistratibus. Baro *Lib. Var. QQ. de Jurisd. pag.* 18. Publicam juris dicendi potestatem. Sed ea nihil esse absurdius Govean. *Lib.* 2. *n.* 58. quia æque obscurum quid sit jus dicere. Ipse sic mavult *n.* 59. Potestas publica statuendi de civili vel criminali negocio. Sc. Gentil. 1. *de Jurisdict.* 1. definit Notionem civilium et criminalium caussarum cum statuendi et exsequendi potestate. Obrecht. *C.* 1. *n.* 19. Notionem quarumcunque caussarum, quæ vel lege vel jure magistratus vel extra ordinem competit. Cui addit Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 2. *n.* 32. verba: vel ex mandato magistratus, vel ex consensu partium, quasi aliter jurisdictione mandata et prorogata non continerentur. Sed male. Et hæ definitiones ac plures aliæ ab aliis afferuntur in latiori acceptione. In speciali definit, Charond. *de Jurisd. n.* 5. juris dicendi licentiam. Sicque in vetustissimis exemplaribus in *L.* 3. *de Jurisd.* testatur, quo modo et legit Vigl. *in* §. 1. *I. Quib. non est perm. n.* 7. Pollet. *Lib.* 3. *Hist. fori C.* 1. *et C.* 2. *p.* 211. quod reprobat Hotom. 7. *Observ.* 16. Et verius est veras ibi definitiones non tradi, sed τοπωδῶς per exempla res declarari, Cujac. 21. *Obs.* 30. Walth. 1. *Miscel.* 2. Cabot. 2. *Disp.* 8. *in fin.* Sc. Gent. 1. *de Jurisd.* 4. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 3. Cujac. *in Par. C. de Jurisd.* definit Notionem quæ jure magistratus competit. Qua definitione nullam meliorem se composuisse scribit. Et placet ea Matth. Stephano 1. *de Jurisdict.* 5. *n.* 2. ut tamen soli ordinariæ conveniat, et Wes. *ad h. t. C. n.* 8. De acceptionibus variis vid. Scipio Gentil. *Lib.* 1. *C.* 1. Matth. Steph. *Lib.* 1. *N.* 1. *et* 2. Parmeist. *Lib.* 1. *C.* 1. Vinc. Cabot. 2. *Disp.* 9. Sed Bocer. *C.* 1. *n.* 29. *et seqq.* alias acceptiones, extra potestatem reddendi jus, commentitias esse pluribus ostendere conatur.

7) Sic Gr. δικαιοδοσία. Et male Accursius et veteres a jure et ditione derivant legentes jurisditio, repugnante usu omnium Latinorum, Baro *Lib. Var. QQ. de Jurisd. p.* 29. Joach. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisd. C.* 1. *n.* 18. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 10. *et seqq.* Obrech. *C.* 1. *n.* 6. Et aliena illa notatio tum a nominis figura, tum a vocis *ditio* significatione. Ditio enim potestatem donandi denotat, vel privatam domini in servos *L.* 2. *C. de lib. et eor. lib.* vel publicam, quæ principis solius §. 1. *Proœm. Inst.* Bocer. *C.* 1. *n.* 28. et ita plus significat quam imperium. Obrecht. *Disp.* 7. *T.* 11.

8) Paurmeist. 1. *de Jurisd.* 9. *n.* 5. jurisdictionem ex duobus membris constare: Notione et imperio. Et membrum essentiale jurisdictionis esse imperium, idem *Lib.* 1. *C.* 24. *n.* 22. *et passim.* Rectius autem puto statui imperium non tam partem esse, quam adjunctum aliquod inseparabile: nec tam inesse jurisdictioni ullum imperium, quod tamen ferme omnes tradunt, quam illi cohærere, ut nunquam divellatur *L.* 1. *in fin. de off. ejus.* Vid. Bocer. *C.* 4. *n.* 17. Licet imperio misto, de quo *in L.* 3. *de Jurisd.* non cohæreat tantum, sed insit jurisdictio. vid. *supra C.* 8. *Lit. X.*

9) Non tamen omne imperium in coercendo positum, nec sola coercitio ad imperium pertinet, Duar. *ad L.* 5. *h. t.* Baro. *Var. QQ.*

torum est [10] pignorum capio et distractio adversus eos qui condemnati non solvunt. *L.* 1. *L.* 2. *C. de exsecu. rei jud.* Modicam autem coercitionem vocat Paulus, quæ intra [11] modum rei exsequendæ convenientem consistit: idest, quæ tanta est, quanta ad rem civilem civiliter exsequendam sufficit: quale est, ut dixi, rebus judicatis pignora capere et distrahere, ut ex pretio eorum judicatis satisfiat.

VII. Hanc coercendi et exsequendi potestatem nostri vocant [12] imperium, et Paulus *ibidem*, idest in *d. L. ult. D. de offic. ejus.* et recte. Est enim imperium jubendi imperandique potestas in iis, qui quod jusserint, effectum dare possint, aut coercere pro auctoritate et potestate: ut apud Terentium in *Phormione, act.* 1. *sce.* 4.

......Ant. sta illico. Get. hem,
Satis pro imperio, quisquis es......

Quare si nulla est jurisdictio sine coercitione; nulla quoque est jurisdictio sine imperio. Et quoniam hoc imperium iurisdictioni adiunctum et admistum est, necesse est id imperium esse, quod non est merum, ut loquitur Paulus. Id autem est, quod alibi uno verbo dicitur mistum. *L.* 3. *D. de jurisdict.* Recte mistum, quod mistum necessario est iurisdictioni, seu sine quo [13] iurisdictio esse non potest, eamque verbi significationem esse etiam ex eo intelligimus, quod idem Paulus hoc imperium esse dicit, quod iurisdictioni cohæret. *L.* 1. in fin. *D. de offic. ejus.* Ita in summa nulla est iurisdictio sine imperio iurisdictioni misto. In eamque sententiam hæc Pauli collectio est in *d. L.* ult. *Jurisdictio sine modica coercitione nulla est.* Hæc coercitio est imperium, quod es in coercendo et exsequendo ostendit. Quodcirca nulla est iurisdictio sine imperio; non tamen quovis, sed eo quod non est merum: proinde sine imperio [14] iurisdictioni misto: idest, eo quod iussis exsequendis, et iurisdictioni tuendæ adiunctum esse oporteat, ne frustra ius dixeris. Est ergo hæc potestas iurisdictionis propria: ac potestati iudicandi adiuncta in iudice eius iurisdictiouem facit.

VIII. Sed cum nomina iubeantur rebus esse consequentia: §. *sed nos, Inst. de don.* quid est in verbo iurisdictionis, unde hæc potestas intelligatur. Nam in hoc verbo nihil amplius inest, quam ius dicere: hoc autem nihil aliud, nisi dicere quod ius est, idest, ut videtur iudicare, ut quidem Varro iudicare dictum esse scribit, quasi ius dicere. Et sane non intelligitur hæc significatio ex eo, quod placet verba cum effectu esse accipienda. *L.* 1. *D. quod quisque jur. L. penult.* §. 1. *D. ne quis eum qui in jus vocat. est.* Alioqui nec quisquam iudex dicendus esse iudicare, nisi qui effectum daret, quod pronuntiavit: quod secus est *d. L. a Divo, D. de re iudic.* sed intelligitur ex verbo dicendi. In quo Latini emphasim ponunt: cum iis attribuitur, quibus aliqua imperandi potestas est. Non enim in his dicere, Latinis est tantum proloqui, sed dicere pro potestate et imperio ita ut exigas. Id quod derivata declarant, dictare, et dictator. Dictare præscribere est, et Dictatores summa olim potestas apud Romanos. Hoc idem et Var-

de Jurisd. fol. 24. *et seqq.* Charond. *de Jurisd. n.* 19. Neque enim quæ in *L.* 4. *de Jurisdict.* nec datio bonorum possessionis, quæ misti imperii *L.* 3. *h. t.* in animadversione posita. Quin multa alia per mandatum et jussum expediuntur. Et male omnino Govean. *ad L.* 3. *h. t. n.* 30. definit. Mistum imperium, modicam coercitionem, cui jurisdictio inest, quem notat Bocer. *C.* 4. *n.* 9. Sic in iis, quæ jurisdictione voluntaria expediuntur, coercitio nulla; recte tamen, qui nullam in illis imperii rationem haberi volunt. nec Joach. Steph. *Lib.* 1. *C.* 4. *n.* 34. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 12. *n.* 17 post A. Fab. 4. *Conject.* 4. quos abunde refellit §. 1. *I. de adopt.* Nam imo potestas præbendi auctoritatem alienationi, transactioni, manumissioni, adoptioni, etc. est misti imperii, licet non jure magistratus competat, cum utique auctoritatem tribuere, non sit cognoscere, licet non sine ulla cognitione fiat, Bocer. *C.* 4. *n.* 13. Et semper jus pro imperio dicitur, ac effectum datur quod dictum est. In omni imperio jus est ac potestas efficiens ratum quod imperatum est. Ad id autem non semper coercitione opus est, si verbis res transigi possit, si vel sponte paretur, vel quod præscribitur ultro a volentibus petatur. Scite Sc. Gent. *Lib.* 2. *Cap.* 6. qui tamen et in his coercitionem recte vocari vereor, ut æque scite inferat ex illo Sallustii: *pudore magis quam malo exercitum coercebat.*

10) Species coercitionis modicæ plures ponit et sigillatim exponit, Sc. Gent. *Lib.* 2. *C.* 6. *et seqq.*

11) Abscisse enim et sine adjuncto significat graviorem animadversionem, quæ meri imperii, Decian. 4. *Tr. crim. C.* 2. *n.* Sc. Gentil. *d. Lib.* 2. *C.* 5. Et hæc modica coercitio non omnibus magistratibus eadem, sed aliis amplior, aliis minor fuit; de quo Vinc. Cabot. 2. *Disp.* 8. Porrigebatur et ad verbera non atrocia, Govean. *ad. L.* 3. *h. t. n.* 4. Quod licet, Bocer. *C.* 4. *n.* 16. in villis tantum conditionis hominibus admittat, per *L.* 8. §. 2. *de relig.* et Sc. Gentil. *Lib.* 3. *C.* 11. hæc duo conjunctim requirat, ut et sint homines tenues ac infames et egestate pecuniariam pœnam eludant *L.* 35. *de minor. L.* 1. *ultim. de pœn.* Qui idem *Lib.* 1. *Cap.* 13. verbera a jurisdictione aliena esse, nec jus verberandi prætori fuisse nisi forte in servos et peregrinos, scribit. Legimus tamen et ædiles, quos mero imperio caruisse convenit, jus cædendi flagellis etiam in non viles exercuisse *L.* 12. *de decurion.* Joach. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisd. C.* 2. *n.* 78.

12) Imperium est magistratus potestas atque jussus, per *L. quod jussit* 14. *de re jud. L. ult. Ne quid in loc. publ. L.* 2. *de in jus voc. L. munus de V. S.* ubi vis cogendi *L.* 12. *de iudic. L.* 4. *de rec. arb. L.* 13. §. 4. *ad Trebell. et sim.* Charond. *de Iurisd. n.* 12. Et generali acceptione continet etiam privatorum jussa, et omnem magistratuum potestatem, Baro. *de Iurisd. pag.* 18. Specialiter autem in coercendo et decernendo vertitur, idem pag. 30. Neque enim jussus ipse minus imperii est, quam illius exsecutio *L.* 4. *h. t.* Sicuti particula altera potestatis, quæ in cognoscendo ut judicando strictius jurisdictio dicitur. Sumitur et pro ditione *L.* 7. §. 3. *de bon. dam.* et pro summa potestate principis *L.* 1. *de const. princ.* Hinc regium imperium Cic. 3. *de LL.* Regio imperio duo sunt etc. Baro *ad L.* 3. *h. t.* Paurmeist. *Lib.* 1. *C* 3. *n.* 5. Stricte quoque denotat imperium quod habent præfecti rei militaris. Sic dist. Cic. *in Agraria* Sacerdotia, magistratus, imperia. Nam et Consul qui summum imperium habuit, cum imperio mitti dicitur, vid. Scipio Gentil. 3. *de Iurisdict.* 1. Et de variis acceptionibus vocis P. Greg. 47. *Synt.* 13. *n.* 2. *et seqq.* Matt. Steph. 1. *de Iurisd.* 6. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 9. *n.* 6. *etc.*

13) Nullius momenti *C. pastoralis* 28. *de offic. delegati*, inanis et frustatoria, Muretus *in tit. ad mater. jurisd. pertin. p. m.* 140. ubi definit, Potestatem imperandi in rebus ad civilia negocia pertinentibus, et modice coercendi contumaces. Et nulla itaque jurisdictio omni imperio destituta. Sed nec qui jurisdictionem habet, omnia quæ sunt misti imperii habeat necesse est, sed pro modo iurisdictionis suæ, quæ ad exercendam eam, et in effectum, etiam contra invitos, deducendam necessaria, vid. *not. C. seq. lit. li.*

14) Ita Duar. 1. *Disp.* 53. quod jurisdictioni admistum et conjunctum in eodem magistratu, qui utrumque habet, Govean. *ad L.* 3.

Varro docet eodem loco. Plura quidem continentur iurisdictionis verbo, quam judicandi potestas cum imperio, de quibus opportunius dicemus paulo post, cum agemus de mandata jurisdictione, ubi necessario quærendum est, quid contineatur jurisdictione, quod vel mandari possit, vel mandata simpliciter jurisdictione transeat. Nunc cum de judicio, et judicibus agitur, ubi et ex jurisdictione judicem æstimamus, si quæritur quid sit ea jurisdictio, quam judex habeat, nihil amplius jurisdictio in his est, quam id quod diximus, quare et satis id nunc erit intelligi, ut pro loco atque instituto.

IX. Notio, quæ notio tantum est, non etiam jurisdictio, est [15] cognoscendi judicandique potestas sine exsequendi potestate: proinde et sine imperio admisto. Et ita res habet. Nam extra jurisdictionem in judicibus, nihil relinquitur nisi notio: et hæc ipsa solum in judicibus qui dicuntur pedanei, ut indicat divisio iudicum, quæ exstat in *L. ultim.* in princ. *C. ubi et apud quem cog. in int. restit. ag. sit.* idest, iudices dati, ut hoc verbum explicatur *tot. tit. C. de pedan. judic.* Jam vero hi iudices notionem habent, cognoscere enim possunt et iudicare, et vero coguntur. *L. ult. §. defensores, D. de muner. et hon. L. de qua re, D. de jud.* Sed deest illis superius imperium. Sententiæ enim exsequendæ ius non habent. Soli hanc exsequuntur magistratus qui eos dederunt. *L. a Divo*, in princ. *D. de re judic.*

X. Sunt ergo et qui iurisdictionem habent, et qui tantum notionem, omnes iudices: omnes pariter publica cognoscendi iudicandique potestate præditi: ut pariter in omnibus sit notio, quam diximus. Hoc interest, quod qui iurisdictionem habent, possunt iudicare cum imperio et potestate exsequendi. Et vero soli hoc imperium habent, etiamsi alios dederint iudices, et hi sententiam dixerint. Qui notionem tantum habent judices dati, solum iudicare possunt: imperium adiunctum, quo sententiam exsequantur, non habent: utpote solum mistum et cohærens iurisdictioni, proinde et proprium iurisdictionis. Vel hinc intelligi potest longe aliud [16] esse ius dicere, aliud iudicare, ut et eleganter distinguuntur ista illo Titulo *Cod.* et *lege unica* quæ illic exstat, *Ne quis in sua caussa judicet.* Estque inter hæc istarum rerum differentia. Nam iudicare et iudicandi potestas, siquidem sola est, duabus his rebus tamquam finibus continetur: iudicio, et iudicio solo. Idque fit hoc modo: Judicare solum est iudicis tum, cum iudicio de re aliqua instituto caussa cognita iudicat. Extra iudicium autem nec iudex, nec iudicatio, nec officium ullum iudicis intelligitur. Sed et hoc ipsum iudicare tum cum maxime in iudicio versatur, seiunctum est ab imperio, et exsequendi potestate. Judex enim postquam iudicavit, iudex esse desinit. *L. judex, D. de re judic.* Etsi idem magistratus sententiam exsequitur, qui et dixit: fit tamen id pro potestate magistratus, non iudicis. Argumento est, quod judex datus non minus munere judiciario fungitur. *L. a iudice, Cod. de iud.* Neque tamen sententiam suam exsequi potest, sed solus qui eum dedit, *d. L. a Divo*, *D. de re iudic.* Horum utrumque contra in eo qui jus dicit, seu in potestate juris dicundi. Nam et sæpe jus dicitur, ubi neque judicium est, nec quidquam fit judicii instituendi, aut exsequendi caussa, ut, cum magistratus [17] dat bonorum possessionem, tutores non habentes constituit, bona minorum alienari permittit, in quibus dicitur versari officium ius dicentis. *L. 1. D. de iurisd.* Neque tamen hic iudicium est, aut quidquam fit iudicii futuri, vel præteriti caussa. Et præterea in iudicio ipso, qui pro iurisdictione iudicat, habet adiunctum imperium quo sententiam exsequatur, et tuatur iudicium, quod præcessit.

XI. Illud fortasse nonnullis minus probabitur in hac divisione, quod eos qui iurisdictionem habent, iudices facimus, atque ita vo-

h. t. n. 33. quod nunquam a jurisdicitone divellatur. Muret. *de Iurisd. p.* 140. quia, ita confusum et permistum, ut unum quodammodo efficiat. Quod reprobat Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 14. *n.* 5. *pag.* 105. Male Accursius et Bartolus quod partem meri imperii capiat, partem jurisdictionis, refer. Baro. *de Iurisd. pag.* 31. Obrech. *C.* 3. *n.* 21. Joach. Steph. *Lib.* 1. *C.* 4. *n.*5. Pejus Pollet. *Lib.* 3. *Histor. fori C.* 3. *p.* 2.4. quod ex jurisdictione et mero imperio conflatum sit.

15) Sc. Gent. *Lib.* 1. *C.* 5. *et Lib.* 2. *C.* 8. qui et *Lib.* 1. *C.* 1. jurisdictionem vocari notionem simplicem in lege Thoria et aliis veteribus notat. Et Prætorem in conceptione edictorum sæpius ita usurpasse, putat Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 26. add. Govea *Lib.* 2. *de Jurisd. n.* 2. *et* 3. Quod negat, et locos objectos dissolvit Bocer. *C.* 1. *n.* 34. Certe *in L.* 12. *h. t.* sic accipi non debet, sed si mandata sit jurisdictio ad certam quantitatem, vel si alias ad eam restricta, ut in municipalibus, A. Fab. *ibid.* Charond. 1. *Versim* 3. Quo facit inscriptio *d. L.* 12. ad Edictum Provinciale. Male quoque Paurm. 1. *de Iurisd.* 14 *n.* 5. *p.* 103. *in L.* 3. *h. t.* ubi jurisdictio dicitur inesse imperio, accipit jurisdictionem, pro notione seu sola noscendi potestate. Infelicius Govean *Lib.* 2. *de Iurisd. sub fin.* notionem, quam jurisdictioni opponit, accipit caussarum criminalium cognitionem.

16) Et probat *L.* 57. in verbis: *ius dixerit, sententiamve protulerit*, *de re iud.* Govean. *Lib.* 1 *de iurisd. n.* 16. *et ad L.* 1. *h. t. n.* 2. *et* 3. Duar. 1. *Disp.* 53. A Guib. 1. *Q.* 9. *n.* 2 Bocer. *de Iurisd. C.* 1. *n.* 21. Nec verbis tantum hæc distincta, sed et rebus ac effectibus. Nec enim edicta de in jus vocando, *si quis ius dic. non obtemp.* etc. pertinent ad judicationem. Sc. Gentil. *Lib.* 1. *C.* 28. Et officium jus dicentis maxime distinctum ab officio judicis de quo Gent *Lib.* 2. *C.* 4.

17) Quæ datio jurisdictio est in latiori scilicet sensu, et quatenus jurisdictio imperio misto inest. Vere autem misti imperii, vid. Bocer. *C.* 3. *n.* 1. contra A. Fab. 4. *Conject.* 3.

vocamus. Non enim defuerunt viri docti nostra ætate, qui disputarent iurisdictionis esse iudices dare, non iudicare. Magistratus populi Romani, et Romæ et in provincia nisi in certis caussis de quibus ex officio cognoscebant, nunquam iudicare solitos, sed de quibus rebus in iure a litigatoribus aditi essent, de his solitos dare iudicium, seu formulam iudicii, et iudicem, qui ex præscripto formulæ de re cognosceret, et iudicaret: tum deinde ipsi sententiam pro potestate exsequerentur. Sed de eo dicam commodius postea, cum ad iudices dandos ventum erit, ubi necesse est quæri initio, possitne magistratus ipse cognoscere, aut etiam necesse habeat; an vero contra possit, aut debeat iudicem dare. Nunc satis erit breviter hic statui; quod inde certius constabit, etiam magistratus ipsos, qui iuri dicundo præessent, ut prætores Romæ, et præsides in provinciis iam olim ita constitutos, ut de civium controversiis ius dicerent, et iudicarent. Inde iam olim iudices esse appellatos, ut Livius testis est *libro* 3. *ab urbe cond.* Si non consuevissent iudicare, aut propter occupationes publicas, aut maiestatis retinendæ caussa, at certe iudicare potuisse, si vellent; quando ne ipsi quidem iudices dare, idest, iudicandi potestatem in alium transferre possent: qui ipsi hanc potestatem non haberent. *L. nemo plus, D. de regul. iur. L.* 4. §. *ultim. D. de offic. procons.* De quo si ex veteri iure et more dubitaretur, nunc quidem dubitationem esse sublatam constitutionibus: quibus effectum est, non ut magistratus cognoscere, et iudicare possint, quasi antea non liceret; sed ut cum prius liberum esset, nunc cogantur. *L.* 2. *C. de pedan. jud.* Sunt ergo magistratus, quique iurisdictionem habent, et ipsi iudices: nec solum tunc, cum ipsi cognoscunt, et iudicant, quod facere possunt; sed et tunc cum dederint iudices; quasi et tunc per iudices a se datos ipsi cognoscant et iudicent. Videtur enim gessisse, qui per alium gessit. *L.* 5. §. 1. *D. de administ. tut.* Quod si ita est, manebit ea divisio iudicum quam posuimus, eritque hæc summa: iudicum alios esse, qui iurisdictionem habeant, alios qui notionem tantum, atque hos esse iudices a prioribus illis datos. Horum omnium in cognoscendo et iudicando potestatem unam, et communem esse, ut pariter omnes caussa cognita iudicare possint, ratumque sit, quod dixerint; quod est notionis. Hoc distare, quod qui iurisdictionem habent, iudicare possunt cum imperio, potestate exsequendi sibi concessa, et iurisdictioni cohærente. Qui autem notionem tantum habent, solum iudicare possunt: imperium et exsequendi ius non habent.

XII. Ad extremum non erit alienum monere, pro superiore divisione, qua iuris auctores usi sunt, receptam esse hanc in vulgus [18] interpretum, ut iudicum alii dicantur ordinarii, alii delegati. Aliis verbis eadem sententia. Ordinarios enim vocant, qui iurisdictioni publice præsunt: quia ordine et more consueto constituuntur, qui iudicent. Delegatos vocant eos, qui a superioribus iudices dati sunt. Ex quo loquendi more nati illi Tituli *lib.* 1. *Decretalium*: Unus *de officio et potestate judicis delegati.* Alter *de officio judicis ordinarii.* Et delegatos iudices dicunt etiam ex usu iuris: sic enim vocantur et iudices dati in *L. a judice, C. de jud.* Ordinarium iudicem legimus in *L. apertissimi, C. de iud.* legimus et in *L. unica*, §. *illo*, *C. si quacun. præd. potest.* pro eo magistratu qui ordinaria et usitata potestate fungitur, ut explicatur in *d. L. unica*, in princip.

XIII. Cæterum ordinarios iudices pro iis qui iurisdictionem habent, nusquam apud veteres legimus. Et certe verbum id non exprimit. Multi enim sunt qui constituuntur extra ordinem iuris dicendi caussa, quos ordinarios iudices dicere non possumus: quales fuisse scribit Pomponius Romæ præfectum vigilum, et præfectum annonæ. *L.* 2. §. *capta*, in fin. *D. de orig. iuris.* Sed et eo sensu, quo superiores species accipi volunt, necesse est divisioni aliquos iudices deesse. Nam et qui mandatam iurisdictionem habent, eamdem cum eo qui mandavit iurisdictionem exercent: neque tamen sunt ordinarii iudices, neque rursum sunt delegati, ut suo loco dicetur. Itaque per me licet; utatur ista divisione si quis volet; de verbis non contendam, dum res intelligatur. Sed si manca est divisio, neque verbis id exprimit, quod vult, omnes concedent melius esse in superiore divisione veterum nec vitiosa et rem hanc exprimente ma-

18) Cum quibus et P. Greg. 47. *Synt.* 22. Pollet. *Lib.* 3. *Hist. fori C.* 13. Wes. *ad tit. C. de pedan. jud. n.* 10. *et seqq.* Male enim delegatum cum eo, cui mandata est jurisdictio, confundunt, Baro. *de Jurisd. p.* 29. Sc. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 8. et Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 10. *n.* 7. *et seq.* ubi fuse de variis acceptionibus ordinarii etc. ed quibus add. Camill. Plaut. *ad Rub. de Off. ejus Lib.* 1. *C.* 6. Vid. *infra C.* 8. *N.* 1.

manere, quam superiora vitia admittere. Mihi in iure civili explicando versanti satius visum est, iuris civilis divisione uti et verbis, quam aliena et nova, etiamsi non inepta quaerere, quo id ius quod propositum est, intelligeretur.

CAP. VII.

Qui jurisdictionem habeant: qui propriam et suo jure: et magistratus quid sit.

Rerum nexus atque ordo. I.

Qui habent jurisdictionem, omnes aut suo jure habere, aut alieno beneficio. Qui sint utrique. II.

Interpretatio L. si se 1. D. de iudic. III.

Jure suo habent Magistratus. Nomen hoc ambiguum. Explicatur. IV.

Magistratum efficiunt tria. V.

1. *Administratio reipublicæ.* VI.

2. *Eaque, quæ vel in jure dicundo sit tota, vel coniuncta cum jurisdictione.* VII.

3. *Ut ea sit talis, quæ præsit juri dicundo Hoc quale sit, explicatur.* VIII.

Magistratus qui sit. Creatur a principe vel a populo; et quatenus ab utroque. IX.

Populi non liberi nulla est in Magistratuum creatione potestas, sed principis tota. X.

Nisi utatur ille principis privilegio; quale hoc in Magistratu municipali. XI.

Hic autem duplex; nomine atque officio distinctus, et qualis uterque XII.

Soli Magistratus propriam habent jurisdictionem. Exponitur Pomponius in L. 2. §. capta *vers.* et hæc omnia de O. I. XIII. XIV.

Ordinarii et quidem primo hi omnes; deinde constituti extra ordinem juri dicundo. XV.

Judex competens qui sit, alibi, et quo in loco auctor. XVI.

I. POstquam ergo hæc iudicum divisio summa est, ut sint, qui iurisdictionem habeant; alii qui notionem tantum, iidemque dati iudices: quinam hi sint, deinceps cognoscamus. In quibus prior omnino cognitio est eorum; in quibus volumus esse iurisdictionem: non eo tantum, quia sint maiores et præstantiores iudicibus datis, quanquam sine controversia tales sunt, sed etiam quia ab his ordiri ad ordinem et institutionem iudicii atque adeo ad constitutionem ipsorum iudicum omnino necesse est. Nullus enim iudex datus esse potest prius, quam qui iurisdictionem in lite habet, iudicem in ea lite dederit, ut suo ordine dicetur. Quo fit, ut necesse sit, eum qui iurisdictionem habet, prius adiri. Nam si aditus cognoscet, alium iudicem requirere nec debemus, nec possumus. Sin malit iudicem dare, est quidem in eius potestate: sed ita, ut vel hoc nomine eum oporteat adiri: ut hoc ipsum sciatur, utrum cognoscat ipse, an det iudicem.

II. Et eorum iudicum qui iurisdictionem habent, genera item sunt [1] duo iure civili cognita. Quidam iurisdictionem habent suo ju-

1) Varias divisiones jurisdictionis ab efficiente, materia, forma, fine, et effectu habet Wes. *ad h. t. C. n.* 11. *et sequent.* Omittit tamen, eoque ipso agnoscere non videtur vulgatam divisionem jurisdictionis generalius acceptæ in jurisdictionem in specie et imperium. Ple-

jure; quidam alieno beneficio: divisio totidem verbis tradita in *L. mora, D. de jurisdict.* Jurisdictionem dicuntur habere suo iure, qui habent publice ita constitutam, ut habeant [2] propriam, et quam pro [3] suo imperio exerceant, non pro alieno. Unde qui hanc iurisdictionem mandant, dicuntur mandare propriam iurisdictionem. *L. 4. D. de of-*

rorumque enim interpretum opinione merum etiam imperium sub jurisdictione continetur. Et distingui jurisdictionem ab imperio volunt; sicuti adoptio ab arrogatione, cognatio ab agnatione, Duar. *ad h. t. D. C.* 1. *et* 1. *Disp.* 53. Coras, *ad Rub. D. de off. eius, n.* 3. Zas. *ad L.* 1. *h. t. n.* 28. *et ad L.* 3. *n.* 1. Muscorn. *de Jurisd. n.* 12. *et seqq.* A. Fab. *ad L.* 8. *de off. procons.* Parlador. 2. *Rer. Quotid. C.* 1. *n.* 4. Gœd. *ad L.* 99. *de V. S. n.* 7. P. Greg. 47. *Synt.* 12. *n.* 8. Bocer. *de Jurisd. C.* 2. *n.* 2. *et* 3. Sc. Gentil. *Lib.* 1. *de Jurisd. C.* 2. Matt. Steph. *Lib.* 1. *C.* 3. Rosbach. *Process. Tit.* 2. *n.* 5. Quod Sc. Gentil. *d. loc.* putat evidenter demonstrari *in L.* 1. *de off. eius*, ibi *suam iurisdictionem*. Et quia, *sub tit. D. et C. de iurisd.* etiam de imperio agitur. Et jus dici de capite probat *L.* 2. §. *et quia* 25. *de O. I.* Idem fusius firmat Matt. Steph. *d. C.* 3. censens ita arguere Ulp. *in L.* 7. §. *ult. et L. seq. de off. procons.* Et jurisdictionis nomen generale esse probat Bocer. *d. C.* 3. per *L.* 4. *de off. eius* verbis: *generali iurisdictione mandata*. Contra Charond. *de Jurisd. n.* 3. *et* 4. Volens sub *tit. de Jurisd.* tractari etiam de imperio ob rerum affinitatem, nec curiose omnia in Pandectis methodo exigenda esse. Et Obrech. *de Jurisdict. C.* 2. *n.* 3. *et seq.* Nec merum imperium esse speciem jurisdictionis, quia ab eo jurisdictio plane separata; nec mistum, quia ei insit jurisdictio non ut species generi, sed ut simplex composito, vel qualitas subjecto. Et imperium non esse speciem subjectivam, sed membrum essentiale jurisdictionis, Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 24. *n.* 22. *et passim.* Ac in foro Romano jurisdictionis nomen ut genus non considerari. And. Knich. *de Sax. non provoc. jure v. Ducum Sax. C.* 5. *n.* 57. Denique Muret. *de Jurisd. p.* 138. *et seq.* jurisdictionem ad crimina pertinere negat, scribens quod quamdiu incorruptior Latinus sermo, jus dicendi verbum nunquam ad caussas capitales adoptatum. Ac licet posterior ætas jus dicere et reddere quandoque dixerit, qui publicas quæstiones exercebant, *d. L.* 2. §. 23. *de O. I.* Sueton. *in Aug. C.* 33. non ideo tamen unquam jurisdictionem accipi pro potestate cognoscendi de criminibus, aut animadvertendi. Quod probat (1) Plenissima jurisdictio fuit prætori urbano. Ejusdem de nullo crimine cognitio. (2) Universa jurisdictio mandari potest *L.* 16. *et seq. h. t.* Cognitio de criminibus nequit. Verum Obrecht. *C.* 1. *n.* 9. *et seqq.* etsi jurisdictio ad merum imperium non pertinet, cognitionem tamen caussarum criminalium (quam jurisdictionem criminalem vocat et a mero imperio secernit, vid. *C. seqq. N.* 44.) latiori significatu pertinere. Qui et resp. ad (1) argum. Mureti; Plenissima jurisdictio prætori scilicet quoad caussas civiles, ut jurisdictio non in genere accipiatur. Ad (2) resp. Propositio non in genere vera, sed in specie: in stricta scilicet significatione, qua crebrius coarctatur ad caussas civiles. Sic enim apud Agell. 10. *Noct.* 15. his verbis *in omni mea jurisdictione* intelligitur solum civilis. Faterque Sc. Gentil. *d. C*, 2. in veterum scriptis non aliter fere accipi quam pro specie, id est in caussis civilibus. Et Baro, de jurisdictione posteaquam *p.* 20. *et seq.* pluribus testimoniis ostendit rerum capitalium quoque cognitionem et criminum omnium quæstiones latissima jurisdictionis appellatione contineri, quia jurisdictio et jus dicere conjugata sunt, et judicia quoque et judices publicorum delictorum usurpantur. Tandem *pag.* 25. *et seqq.* apud scriptores quoque Latinos jurisdictionem absolute vocari, quæ de privatis et civilibus caussis, exclusa capitalium judicatione, demonstrat. Licet enim, ait, idem *pag.* 19. de capite quoque jus dici feratur, non tamen postulanti, sed in reum redditur. Ut merito contrahatur significatio vocis *jurisdictionis* ad eam, qua alicui in aliquem jus dicitur. Et Charond. *de Jurisd. n.* 11. caussarum criminalium disceptationem jurisdictionis esse, quia in *C. Th.* et *Justin.* Tit. *de Jurisdict.* utriusque judicii genus respicit, licet, quæ in civilibus versatur commune nomen jurisdictionis suum fecerit Quid habendum? Latissima significatione imperium merum quoque contineri statuo, cum imo omnem jussum et imperium contineat et quæcunque pro potestate aguntur, in quibus nullum vere, si civilem usum spectes, jus dicitur, Seneca 1. *de Clement. Quæ ruant urbes, quæ oriantur mea jurisdictio est.* Sc. Gent. *Lib.* 1. *C.* 1. Et certe officio jus dicentis quæ imperii sunt continentur *L.* 1. junct. *L.* 4. *h. t.* Ac pro officio jus dicentis, seu universa ejusdem potestate jurisdictio reperitur *L.* 1. *L.* 4. §. 3. *de damn. inf.* Wes. *ad. h. t. C. n.* 6. Jus autem ut Matt. Steph. *Lib.* 1. *C.* 3. *n.* 4. *et* 5. *n.* 36. dicitur non tantum cognoscendo, solo caussæ examine et censura, sed et imperii auctoritate intercedente. Ac certe dum juste quid imperat magistratus, exsecutionem mandat, coercet, itemque dum facinorosos vel cognoscit vel animadvertit, jus dicit. Eaque jurisdictio non improprie est, cum notatio conveniat, jus a jubendo, et dicere pro imperio. Verum ita in *supra dd. LL.* an accipiatur valde ambigo. Imo inconcinne arguit Bocer. *ex d. L.* 4. *de off. eius* Nam ibi generalis jurisdictio opponitur speciali, quæ non jure ordinario magistratus, sed extraordinaria concessione deferebatur. Alioquin cum dicatur jurisdictio generalis mandata, si generalis est quæ imperium merum, ceu speciem includit, imperium merum mandatum quoque esse necesse erit: quod falsum. Sed nec in *L.* 1. *d. t.* jurisdictio significat imperium merum, ceu vult Gent. *de quo C. seqq. N.* 49. In *L.* vero 7. §. *ul. de off. procons.* jurisdictio plenissima continet imperium non ut speciem. Nec enim idem est jurisdictionem in genere, seu, in generali significatu habere et jurisdictionem plenissimam seu omnimodam habere. Nam et quibus tenuissima jurisdictio est, ut olim municipalibus magistratibus, jurisdictionem in genere sumptam habent, siquidem genus omni speciei illi subjectæ conveniat oportet. Plenissima itaque jurisdictio et ipsa speciei non generis appellatio est, denotans jurisdictionem magistratibus majoribus tributam. Ac ut jurisdictio absolute ita in specie dicta conjunctum habet imperium mistum, quatenus id ad illius expeditionem necessarium. Quod ipsum non inest ei, ceu species generi, nec ut pars toti, ut Paurmeister; nec ut simplex composito, qualitasve subjecto, ut Obrecht. sed ut adjunctum adjacet Wes. *in h. t. C. n.* 67. ob cohærentiam inseparabilem *L.* 1. *in fin. de off. eius* Bocer. *C.* 2. *n.* 31. Ita jurisdictio plenissima merum imperium conjunctum habet. Quod et nec jurisdictioni ratione essentiæ inest, nec illi inseparabiliter cohæret, cum nudum et ab ea separatum per se sit, ac existere etiam in persona cui tributum est, possit sine jurisdictione: si tamen in eadem persona cum jurisdictione concurrat, idemque magistratus si simul jurisdictione, et mero seu majori imperio utatur perfectiorem eam et absolutiorem reddit. Nam et quæ extrinsecus accedunt, nec ratione essentiæ insunt, rem perfectiorem reddunt. Sicuti quoque plena proprietas dicitur, cui usufructus conjunctus est, qui tamen species proprietatis, nec pars, sed ususfructus (mistus et caussalis scilicet) ac proprietas partes sunt dominii pleni, vid. *supra Lib.* 9 *C.* 9. *N.* 5. DD. vulgo Bartolum secuti sex gradus, quos et quidam species nuncupant, jurisdictionum constituunt. Maximam, majorem, magnam, parvam, minorem, minimam, de quo vid. Bocer. *Cap.* 3. *n.* 98. *et seq.* Alii in plenissimam, plenam, et semiplenam dividunt P. Gregor. 47. *Synt.* 12. *n.* 8. Alii in plenissimam, quæ nulla majori potestate impeditur, et simpliciter, ac in specie dictam quæ circa civiles caussas occupata, Marta *de Iurisdict. pag.* 1. *Cap.* 1. *Ca.* 8. *n.* 6. *et* 7. Jure Saxonum duæ jurisdictionis species: Superior seu pœnalis, *Obergericht Peinliche oder Hals Gerichte*. Et inferior, seu simplex, *Erbgerichte Ritter oder Untergerichte*. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Ca.* 3. *n.* 70. *et seqq.* Bocer. *Cap. d. in fin.* Paurmeist. *Lib.* 1. *Ca.* 16. *n.* 9. Io. Monach. *de Iurisdict. Ca.* 4. *n.* 14. ubi quæ ad utramque pertineant recenset. Diversa autem, sunt Regalia in signum præeminentiæ et superioritatis Principi tributa, de quibus *tit. Quæ sint regalia* 2. *Feud.* 56. nec omnimoda et plenissima jurisdictione concessa veniunt, Monach. *d. Ca.* 4. *n.* 18. Bocer. *Ca.* 1. *n.* 34. et quos citat. Thom. Mich. *de Iurisdict. imperiali Concl.* 63. Math. Steph. 1. *de Iurisdict.* 2. *n.* 8. *et seqq.*

2) Sic Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 14. Aliam esse propriam, quæ et Ordinaria, aliam impropriam. Et hanc, ait idem *Cap. seq. n.* 1. *et* 2. pendere vel ex voluntate publicæ personæ, ut Mandata; vel privatæ, ut Prorogata. Sed immo Prorogata est potius qualitas jurisdictionis sive ordinariæ sive mandatæ, quam nova et diversa species, ut post Jo. Danth. *de Testam. pag.* 538. *idem* Steph. *d. Lib.* 1. *Cap.* 21. *n.* 1. Vocant. et illam principalem, per *L.* 6. *de iurisdict.* Goean. *ibid. n.* 6. Paurmeister. *Lib.* 1. *Cap.* 10. *n.* 2. Sed putat Bocer. *Cap.* 6. *n.* 4. male principalem opponi mandatæ. Quia, ait, sicuti negotium meum, quod gerendum mando, non minus principale est in persona procuratoris quam mandantis; ita jurisdictio æque principalis in persona vicarii. Et in *d. L.* 6. *principaliter* exprimit a principe, seu constitutione principis. Quibus facile est occurrere.

3) Quæ necessario comitatur, quæ in persona (vel potius officio) hæret, nec avelli potest. Sicuti proprias dotes huic vel illi dicimus, quæ genuine ingenio cujuspiam adhærent, Fopp. ab Æzema 2. *Dissert.* 2. Et proprium quoque stabile ac perpetuum significat, Virgil. 7. *Æn.*

- - - - - - - - - *propria haec si dona fuissent.*

Jof. Castalio *var. Lect. C.* 42. Sic perpetua est jurisdictio ordinaria si non personæ gerenti magistratum, ast officio. Nam cum magistratus alios perpetuos, alios temporarios dicimus, personam potius quam munus denotamus. Non vero eo modo propria jure Romano, quo res dominii nostri. Nam dominium quis voluntate sua amittit, pro derelicto rem habens, ac in alium pro libitu transfert: Iurisdictionem et magistratum non æque *Cap.* 6 *N.* 4. Quæ in commercio non sunt, Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 65. Petr. Heig. *Pas.* 1. *Quæst.* 2. *n.* 5. nec quisquam dominus dignitatis, sicuti nec vitæ aut membrorum suorum, Ant. Faber. *ad L. penul. de offic. praes.* Et in arbitrio principis est, cui velit magistratum, atque ita jurisdictionem adimere. Math. Steph. *Lib.* 1. *Ca.* 39. *n.* 4. Facit *L.* 2. §. 24. *de O. I.* de qua libera jurisdictionis revocatione Lodovic. de Casanate *Cons.* 43. *n.* 42. *et seqq.* Et Paurmeist *Lib.* 1. *Cap.* 10. *n.* 5. dici propriam quod tanquam magistratibus tributa sit, etsi pleni dominii aut juris realis titulo non possideatur, ac idem *Cap.* 18. *n.* 3. καταχρηστικῶς sic vocari respectu mandatæ. Quia etsi Reipublicæ nomine ac jure illa exerceatur, ejus tamen firmius jus quam mandatæ. Sic etiam vult mandatam jurisdictionem magis adhuc abusive propriam dici *L.* 13. *de off. procons.* respectu judicis dati. Aliter et intricate, idem *de Cap.* 10 *n.* 21. Hodie sane jurisdictio patrimonialis plerumque ac vere propria ac hereditaria, feudis cohærent, vel de qua principes et vassalli investiri solent, Math.

offi. ejus. et hac nota distinguuntur ab iis qui mandatam habent, quod hi pro suo imperio non agant. *L.* 3. *D. eod.* Alieno beneficio dicuntur iurisdictionem habere, qui habent mandatam ab iis, qui eam propriam et suo iure habuerunt. Hi non suam iurisdictionem habent, sed alienam: in qua exercenda alieno beneficio, et permissu utuntur. Unde et alienam exercere dicuntur, et in eo agere pro alieno imperio, fungi vice et partibus eius, qui mandavit, non suis. *d. L.* 3. *D. de offic. eius L. solet, D. de iurisdict.*

III. Ad hanc divisionem referri oportet, et ex ea interpretandum, quod Ulpianus ita scribit in *L.* 1. *D. de iudic. Si se*, inquit, *subiiciant aliqui iurisdictioni, et consentiant; in consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali præest, vel aliam iurisdictionem habet est iurisdictio.* Aperte hic et iudicum qui iurisdictionem habent, duo genera facit, ut et nos supra. Sed quoniam partim figurate loquitur, partim de iurisdictionis genere nihil definit, ideo quæritur, quos istos intelligat, et quid sit tribunali præesse: tum quæ sit ista alia iurisdictio, de qua tam nihil exprimit. Et non dubium est, quin sumendum sit ex superiore divisione, quam et Ulpianus aliis verbis adumbravit. Tribunali ergo præesse dixit μετωνυμικῶς pro præesse iurisdictioni: locus in quo iurisdictio exercetur, positus pro iurisdictione. Dicuntur autem præesse iurisdictioni, qui propriam sibi habent, ut paulo post amplius dicetur. Quod si qui sunt, qui aliam iurisdictionem habeant, quam propriam, necesse est, soli sint ii, qui habent alieno beneficio, et mandatam, ut superiore divisione effectum est. Quare et hi his verbis intelligendi sunt, ad quod superior divisio recte constituta nos deducit.

IV. Jurisdictionem propriam et suo iure habent magistratus. Id magistratus definitio declarabit. **Magistratus est is, qui in Republica eum honorem gerit, quem eodem verbo magistratum appellamus.** Est enim magistratus verbum [4] anceps, pertinens tam ad personam qui eum honorem gerit, quam ad honorem et munus ipsum personæ. Ad personam: ut cum dicimus constitutos esse eo anno magistratus, magistratuum curationem ad curam principis pertinere, magistratibus illud aut illud concessum esse. *L. magistratus præesse iuri dicundo, L.* 1. *D. de leg. Jul. ambit. L.* 1. *D. si quis ius dic. non obtemp. L. magistratibus, L. seq. D. de iurisd. L.* 2. *§. post originem, D. de orig. iur.* Ad honorem et munus: ut cum dicimus aliquem gerere magistratum, fungi magistratu, inire aut deponere magistratum, et quæ sunt similia: quod cum de hoc verbo usus Latini sermonis passim comprobat, tum vero nominatim positum est a Festo in verbo *magistratus.* Quid sit igitur is honos quem magistratum dicimus, videamus. Ex huius definitione, quæ sit persona magistratus, intelligetur. Magistratus, [5] quem honorem et munus intelligi volumus, est administratio Reipublicæ posita in eo, ut quis iuri publice dicundo præsit, sive tota in eo posita est, sive cum hac potestate publice et principaliter dicendi iuris coniuncta.

V. Hoc sentio, tria esse quæ magistratum honorem constituant: administrationem Reipublicæ, iurisdictionem, et huic ipsi iurisdictioni præesse. Magistratus administratio est, et ea Reipublicæ, non privata aut rerum privatarum. Nam omnis honor Reipublicæ, est Reipublicæ administratio. *L. honor, D. de muner. et honor.* Magistratus autem honor est, et quidem ex primis honoribus. *§. prætorium, Inst. de iur. natur. gent. et civ.* Est igitur magistratus in primis administratio Reipublicæ, ut sciamus nullam administrationem re-

Steph. *d. Lib.* 1. *Cap.* 38. *n.* 3. Rittersh. *Part. feud. Lib.* 2. *Cap.* 9. *Quæst.* 2. ac ordinario Marte competit ad utilitatem propriam, et sic dominii, non administrationis jure, ut loquitur Knich. *de sublim. territ. Iure Cap.* 1. *n.* 359. et ut Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 303. jure commerciorum sub hasta proscribere licet. Investiunturque principes ac status imperii a Cæsaris Majestate cum omnibus pertinentiis, et juribus superioritatis, *mit aller Landsfurstlicher Obrigheit.* Unde vocatur *Landsherrn*, vid. Matt. Steph. *Lib.* 2. *pag.* 1. *Cap.* 6 *n.* 9. *et Cap.* 7. *n.* 49. Nec adimi hodie potest jurisdictio inferioris, aut revocari a superiore quæ quoad dominium utile concessa, Ludovic. de Casanat. *de Cons.* 45 *n.* 59 nisi ex justis causis delicti vel sævitiæ nimiæ. M. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 39. *n.* 8. et Paurmeist. *Lib.* 1. *C. ult. n.* 12. *et seqq.* Thom. Michael. *de Iurisdict. Conclu.* 134. *et seq.*

4) Græci vero diversas voces ambabus notionibus exprimendis habent. Quibus ἀρχὴ et ἀρχεῖα officii verbum est, ἄρχων personæ, Perion. *Lib.* 1. *de Rom. et Græc. Magistr. pag.* 201. Jac. Pontan. *Progymnasm. Vol.* 3. *Pag.* 2. *Progym.* 12.

5) Imperium et potestas in Republica quæ privatum non attingit, Perion *d. Lib.* 1. *pag.* 201. non satis apte. Govean. *ad L.* 13. *hoc tit.* *n.* 9. Potestas populi Romani ordinaria. Qui idem statuit magistratus proprie esse urbanos. Qui in provincias mittebantur, Proconsules et Præsides; potestates extraordinarias esse, nec magistratus, sed potestates, nomine generis vocari in *d. L.* 13. *§.* 1. Sed imo *d. L.* 13. *princ. junct. d. §.* 1. apertissime probat et hos vere magistratus esse. Ac officium certe utrorumque simile, quin horum potestas plerumque plenior *L.* 7. *§. ult. de off. procons.* Etsi non negem ex veterum mente et usu distingui potestatem a magistratu, ut hic dicatur, qui intra urbis fines jus dicit *L.* 1. *§.* 1. *Quod quis iur. L.* 20. *de sta. hom. L.* 3. *§. ult. de rec. arb. L. pen. de iudic. L.* 26. *princ. de pig. L.* 12. *de accus. d. L.* 13. *§.* 13. *§.* 1. *hoc tit.* Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. ca.* 2. *n.* 6. *et* 7. Lips. *de Magistrat. vet. pop. Rom. Ca.* 1. Aliter Hotom. 6. *Obs.* 22. volens eos ita separari a magistratibus, qui a principe potestatem habent, Perronon. 1. *Animadv. et Var. Lect.* 12. qui magistratum proprie dici, qui potestate præditus non est, et quando potestas magistratui tribuitur, *L.* 215. *de V. S.* et imperium *L.* 2. *de in ius voc.* intelligendum id quod alio quam magistratus jure habeant, insigni errore, statuit.

rerum privatarum etiam in eo qui sit magister alicuius societatis attributa illi ex consensu iuris dicendi [6] potestate, ad hunc honorem et nomen pertinere. Administrationem Reipublicæ vocamus, cum quis ea procurat in civitate, quæ facta, aut conservata ad publicam omnium utilitatem pertinent: qualis est procuratio eorum, quæ sunt belli, quæ pacis et tranquillitatis publicæ: in quo est iuris reddendi et lites dirimendi cura: item eorum, quæ sunt ædium civitatis, murorum, viarum, census, ærarii, annonæ, et similium. Cuius modi procurationum tot sunt exempla, quot species, [7] magistratuum enumerantur a Pomponio in *L.* 2. §. *post originem*, et deinceps, *D. de orig. iur.*

VI. Non quævis administratio Reipublicæ magistratum facit, sed quæ [8] aut tota posita est in iure dicundo, aut hanc potestatem sibi adiunctam habet. Jurisdictio res magistratuum propria; quos constat esse constitutos, ut ius populo reddant, et quod idem est, ut ius populo dicant. *d. L.* 2. §. *post originem*, *D. de orig. jur.* Sic tamen, ut nihil intersit, utrum consistat tota in iure dicundo: qualis fuit olim prætorum Romæ: *d. L.* 2. §. *cumque consules:* in civitatibus, eorum qui iuridici dicebantur. *D. de offi. juridi.* An vero quæ adiunctam habet iurisdictionem: qualis fuit eorum, qui censui, ærario, vigilibus potissimum præficiebantur, sed adiuncta iurisdictione, quæ ad id munus tuendum necessaria videbatur, sive quæ erat de rebus ad eam administrationem pertinentibus. Utcumque est, semper eam Reipublicæ administrationem esse volumus, quæ in se habeat iurisdictionem. Hac nota separantur a magistratu procurationes omnes Reipublicæ, quæ iurisdictionem non habent: quo in numero sunt munera publica pleraque, atque adeo Reipublice [9] plerique honores. Munera publica personalia pleraque administrationem rerum ad Rempublicam pertinentium continent: qualia describuntur in *L. ult. D. de muner. et honor.* Nullum tamen horum magistratus. *L. cui muneris, D. de mun. et honor.* quia scilicet nullam jurisdictionem adiunctam habet. Sunt et honores Reipublicæ nonnulli eiusmodi, ut decurionatus: quem Reipublicæ honorem esse constat. *L.* 1. *L.* 3. *C. de decurio. Lib.* 10. Sunt enim decuriones consilii publici, et curiæ velut senatores, quos vulgo Scabinos vocamus: sic describuntur in *L. omnes, C. eod.* At decuriones [10] non sunt magistratus. Argumento est, quod decuriones postea ad magistratum vocantur. *L.* 1. *C. de magist. municip.* Ideo autem magistratus non sunt, quia his iurisdictio tributa non est.

VII. Non est satis iurisdictio ad magistratum. Eam iurisdictionem esse oportet, ut quis præsit iuri dicundo. Hoc cum accessit, tum demum magistratus qui et honos constitutus est, constitutum, quod vere proprium est magistratus. Id et officium magistratus, et origo verbi declarant. Officio ita con-

6) Vid. *infra Cap.* 9. *N.* 16. Apparet autem hinc jurisdictionem extra magistratum esse posse, vid. *infra h. C. N.* 24.

7) Officium magistratus multo latius patet officio jus dicentis. Nec et quis magistratus imperat, in eo semper jus dicit: Infinita in Republica officio magistratus sine jurisdictione expediuntur, vid. Aristot. 6. *Polit.* 8. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Ca.* 4. Curatio vero Reipublicæ generalior est, et omnibus competit, qui munus aliquod gerunt, etsi magistratus non sint, Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Ca.* 1. De discrimine magistratuum et curatorum, qui ordinarium munus non tractant, Perion. *de Rom. et Græc. Magistr. pag.* 205. *et seqq.* Bodin. 3. *de Rep.* 2.

8) Hinc magistratus jus dicens vocatur *L.* 1. *hoc tit. L.* 12. *de vulg.* Ac quia nulla jurisdictio cui non imperium cohæreat, nec ullus magistratus qui non habeat aliquod imperium; etsi non omnis idem, sed alius majus, alius minus, Obrecht. *Disput.* 7. *Th.* 307. Nimirum omni magistatui aliqua jurisdictio et aliquod imperium necessarium ad cujusque munera tuenda, Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Ca.* 2. nec potest intelligi magistratus, qui omni imperio juridiciali careat. Quid enim si lis, aut controversia inciderit in ea re, vel eo munere cui præpositus est, idem *Lib.* 1. *Ca.* 28. Imperium certe necessarium quo jussa sua rata efficiat. Et imperandi potestas vim magistratus indicat. Aristoteles 4. *Polit.* τὸ γὰρ ἐπιτάττειν ἀρχικώτερόν ἐστι Petron. *Lib. de Rom. et Græc. Magistr. pag.* 208. Falliturque et fallit Bodin. qui 3. *de Rep.* 3. magistratus quoque dici, quibus imperium fuit sine jurisdictione, ut Censores ac Tribuni plebis, quia hi vocationem non habuerint, manus injectionem habuerint. Et contra jurisdictionem ordinariam multis fuisse sine imperio. Quem refellit Scip. Gentil. *d. Lib.* 2. *Ca.* 2. Sed nec audiendi qui imperium tantum majoribus magistratibus concedunt, per *L.* 32. *de iniur. L.* 2. *de in ius. voc.* Govean. *Lib.* 1. *de iurisdict. n.* 4. Charond. *de iurisdict. n.* 12. et Joach. Steph. *Lib.* 1. *Ca.* 4. *n.* 11. *et n.* 30. ubi scribit quosdam minores magistratus esse et jurisdictionem simplicem habere, quosdam alieni coercetioni permistam non tamen mistum imperium, quosdam jurisdictionem, cui imperium cohæret: Nam *dd. LL.* non negant magistratibus minoribus omne imperium, sed illud præcipuum, quod in vocatione, prehensione, coercetione carceris et verberum magis elucet, Scip. Gentil. *d. Ca.* 2. Quin nulla jurisdictio simplex ne quidem municipalibus, vid. *infra N.* 17.

9) Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 284. qui imperio vacant, eos non magistratu, sed honore aut munere publico fungi. Munus latius dicitur etiam sine dignitate: Honor vero cum ea *L.* 10. *L.* 14. *princ. de muner.* Et dignitatem a magistratu secernit Lips. *de Magistr. Pop. Rom. Ca.* 1. quæ latius patet. Vult. *ad L.* 1. *C. Ubi senat. n.* 14 cum sæpe qui maximos honores gerunt, omni potestate careant, Bodin. *d. lo.* qui et *Cap.* 2. *initio generatim*, Officiales vocat personas publicas, quæ munus ordinarium lege definitum habent.

10) Vid. Vult. *ad L.* 1. *C. Ubi de curiali n.* 9. *et* 2. *seqq.* Quin et Senatorius ordo distinguitur a magistratu *L.* 1. §. 5. vers. *quamvis de postul.* nec magistratus est nisi large, vid. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Ca.* 14. *n.* 8. *et seqq.* cum et magistratus annui fuerint *supra Ca.* 14. *N.* 20 et Senatoria dignitas perpetua. Bodin. amplius, 3. *de Rep.* 1. *n.* 258. nec singulos Senatores nec universos imperium ullum habere: Senatum consilii publici caussa institutum, jurisdictioni implicari non debere; nusquam in Republica bene constituta illi imperium tributum fuisse. Postremis Reipublicæ Romanæ temporibus Senatum desiisse, in Curiam judicum mutatum. Sed etsi Senatus olim ordinarie caussas non disceptarit, nec legitimis cognitionibus interfuerit, Pollet. *Lib.* 1. *Histor. fori Ca.* 4. *sub. fin. et Lib.* 3. *Ca.* 7. *pag.* 245. non tamen nulla ei potestas ac imperium fuit, ut probat Cabot. 2. *Disput.* 3. et etiam in judiciis et cognitionibus, vid. Jo. Petr. Greg. 47. *Synt.* 25. Sar. Zamosc. *Lib.* 1. *de Senatu Rom. pag.* 54. *et seq. ac Lib.* 2. *pag.* 172. *et seqq.* Sane post occupatam a Cæsaribus rempublicam crebriora Senatus judicia, apud quem et lege agere licuisse, ac judices ab eo petere, probat Baro *ad Rub. de Senat.* ex Sueton. *in Calig. Nerone et Domitiano et L.* 1. *A quib. appell.* Quin et ipse Senatus caussas cognovit et pronunciavit, ut liquet ex Plutar. *in Marcello.* Pollet. *d. Lib.* 3. *Ca.* 11. maxime in capitalibus, vid. Obrecht. *de Jurisdict. Ca.* 6. *n.* 41.

constituti sunt et comparati magistratus, ut iuri dicundo præsint. Indicat Pomponius in *L.* 2. §. *post originem D.* de orig. jur. *cum post originem et processum juris*, ait consequens esse, *ut de magistratuum nominibus, et origine cognoscamus*, et ideo consequens, *quia*, inquit, *per eos qui juri dicundo præsunt, effectus rei accipitur:* quæ plane ratio inepta est et inutilis, nisi hoc intelligit magistratus eos ipsos esse, qui iuri dicundo præsint. Quod cum per se satis ex superiore ratione intelligeretur, ideo omisit. Idem ostendit origo verbi. Nam magistratus auctore Festo dictus est a magistrando: magistrare autem veteribus regere, moderari, præesse: ut esset magistratus, qui in parte sibi commissa regeret populum, eique moderaretur. Et quoniam nullum est moderamen rectum, nisi cum præscribuntur recte et coniuncta cum legibus, id est, cum ius redditur; et eo fit, ut magistrare sit moderari iure dicundo. Quod et Cicero aperte expressit de vi magistratus loquens *Lib.* 3. *de legib.* in eo loco, quem et initio retuli. *Videtis igitur*, inquit, *magistratus hanc esse vim, ut præsit, præscribatque recta, et utilia, et conjuncta cum legibus. Ut enim magistratibus leges, ita populo præsunt magistratus. Vereque dici potest magistratum legem esse* [11] *loquentem; legem autem mutum magistratum.* Sed et ut certius intelligatur eam verbi significationem esse, quam dixi, dictum est magistrare, et magistratus per derivationem a magistro, auctore Paulo, qui et magistros esse definit eos, [12] *quibus præcipua cura rerum incumbit, et qui magis quam cæteri diligentiam et sollicitudinem rebus quibus præsunt, debent. L.* quibus. Alias, *cui, D. de verbor. significat.* Postremo ut sciamus proprium hoc esse magistratus, præesse iuri dicundo, ita loqui solent veteres, ut magistratum et eum qui imperium potestatemve habet significare volentes, hac circumlocutione utantur, ut dicant qui iurisdictioni præest, et eodem sensu, qui tribunali præest. *L.* 1. *D. quod quis jur. L non possunt, D. de legib. L.* 1. *D. de jud.* Additum hoc, ut removeantur, qui mandatam iurisdictionem habent, quales fuerunt mandata iurisdictione legati proconsulum. Nam et hi sustinent administrationem Reipublicæ cum jurisdictione coniunctam. Sed non sunt magistratus, de quo inter omnes convenit: tantum ideo, quia iurisdictioni non præsunt. Est autem iurisdictioni præesse, seu præesse iuri dicundo, iurisdictionem ita constitutam habere, ut in ea tibi commissa principem locum obtineas, eam exercens pro tuo imperio, non autem ex alieno imperio aut mandatu pareas. Quod non fit in iis, qui mandatam iurisdictionem habent; hi enim ius dicunt pro imperio eius, cuius partibus funguntur, a quo et pendent. *L.* 3. *D. de offic. eius.*

VIII. Sit ergo magistratus ea administratio quam diximus, cum magistratus honorem intelligimus. Quod si magistratus persona ea est, quæ hunc honorem gerit: erit magistratus is, [13] qui superiorem administrationem iure delatam et constitutam habet, aut quod idem valet, cui potestas iuris publice dicendi vel sola, vel alterius publici muneris obeundi caussa principaliter ita constituta est, ut in rebus administrationi suæ commissis præesset iuri dicundo. Sed prius est, ut sit ei hæc administratio atque hæc potestas recte constituta, seu ut sit recte creatus ad eam rem et constitutus magistratus. Recte constituitur hoc modo, si constituerit is, penes quem constituendi potestas est, et constituerit, quomodo oportet: ut scilicet in recta

ma-

11) Viva vox justitiæ magistratus, Joach. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisdict. Iudæor. etc. Ca.* 1. *n.* 35. Lex vivens ac spirans, cujus maxime propria illa, in quibus IC. *in L.* 7. *de LL.* legis virtutem esse dicit Bodin. 3. *de Rep.* 5. *initio.* Νόμος ἔμψυχος, sine quo præclaræ quamlibet sanctiones irritæ et ceu mortuæ jacent. *Antimachiav. Lib.* 3. *Theorem.* 35. *pag.* 736. Et leges per magistratus qui eas executioni mandant spiritum ac motum accipiunt. Quos Plato sæpe legibus anteponit, quia leges sine illis infirmæ, magistratus autem optimi ipsi sibi sunt leges, Petr. Gregor. 4. *de Resp.* 5. *n.* 1. Fran. Picolhom. *Philos. mor. Gradu* 10. *Ca.* 15. Unde Manut. *Proœm. Lib. de Magistrat.* conducibilius censet ut iniquæ legi præsit (exsequendæ scilicet; alias magistratus non præest vel superior est lege, sed subest, vid. Steph. *Iun. Brut. Vindic. Contr. tyrann. Quæst.* 3. *pag.* 89. *et seqq.* Aristotel. 3. *Polit.* 16. add. Picolhom. *Philos. mor. Gradu* 10. *Cap.* 19.) optimus magistratus, quam ut improbus vel æquissimæ: Honestus quippe vir in jure reddendo unam habebit propositam justitiam: Ad illius normam, si quid vitiosum emendabit, si ambiguum, in meliorem partem interpretabitur. Improbus legis vocem non exaudiet, libidinem animi sui pro lege sequetur.

12) Unde Dictator, magister populi, id est moderator, Cic. 3. *de LL.* Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 273. Govean. *ad L.* 13. *hoc tit. n.* 8. Ræv. 3. *Coniect. ult.* Gœd. *ad d. L.* 57. *n.* 4. *et n.* 9. Perion. *Lib.* 1. *de Rom. et Græc. Magistr. pag.* 202. *et seq.* Phil. Camerar. *Operar. subcissiv. Cent.* 3. *Ca.* 61. Quia et præcipua cura Reipublicæ incumbit magistratibus ac pro ea vigilare debent, Gœd. *d. n.* 4. et ex imperio magis possunt, ac potentiores sunt privatis. Sic judices Israelitarum magistri vocantur, *Deuteron.* 16. Petr. Gregor. 47. *Synt.* 12. *n.* 2. Hinc et magisteria potestas *L.* 6. *C. hoc tit.*

13) Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 260. inter Jurisconsultos qui recte definiat haberi neminem scribit. Ubi Cujacii definitiones reprobat, cumque quod una plures proferat reprehendit, qui se tuetur 18. *Obs.* 38. Idem Aristotelicam descriptionem rejicit, cui Magistratus sunt. ὅσαις ἀποδέδοται βουλεύσασθαι τε περί τινῶν καὶ κρῖναι, καὶ ἐπιτάξαι, καὶ μάλιστα τοῦτο. Hoc est, quibus datum est consulere de quibusdam (male Bodinus vertit, qui participes consiliorum publicorum, et inde reprehendi) et judicare et jubere, atque hoc maxime 4. *Polit.* 15 large et laxe, ait Lips. *de Magistr. pop. Rom. Ca.* 1. ex consuetudine Attica, qua imperium a jurisdictione non discernebatur, Joach. Steph. *Lib.* 2. *n.* 2. Bodin. vero *Ca. seq. initio* definit, Officialem qui publicum imperium habet. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Ca.* 2. Præfectum publice jurisdicundi muneri, ubi ait accuratius definiendum esse a Politico, a Jurisconsulto autem pro modo disciplinæ suæ. Bocer. *de Iurisdict. Ca.* 8. *n.* 52. Præfectum societatis publicæ cum imperio constitutum. Aliter alii.

magistratus constitutione et creatione duo hæc præcipue spectanda sint: constituentis persona, et constituendi modus. Nam de constituti persona ipsi qui constituunt, dispicient, et quem admittendum pro potestate putabunt, is erit magistratus.

IX. Qui superiorem administrationem deferre, atque hoc modo magistratum creare possint, duo sunt: principes, et populus. [14] Principem, penes quem [15] summa rerum est, ut sunt Imperatores, et Reges, et si qui sunt alii principes eodem iure, magistratus creare et constituere pro imperio posse constat. Sic enim est hæc potestas, ut quidquid principi placuit, putetur legis vim habere. *L. 1. D. de constit. princip.* Quæ res fecit apud Romanos; ut cum populus in principem omne imperium et potestatem suam transtulisset, etiam magistratuum creatio sub Imperatoribus non ad principis tantum, sed etiam ad solius principis curam pertineret, non ad populi favorem, ut est in *L. 1. D. de leg. Jul. ambit.* Quomodo a principe creari possint magistratus, magnopere quærendum non est; quemadmodum nec illud, quos et ubi possit creare. Nam si quidquid principi placuit, legis habet vim, ut ante dixi, *d. L. 1. de const. prin.* sola voluntas principis ad magistratum creandum sufficit, ut dicendum sit eum ubi velit, et quos velit, creare posse magistratus, et quos ac quomodocunque designarit, eos magistratus futuros. Solum id exigemus, ut de voluntate principis constet: quod fit more et ordine recepto ex diplomatis principis in ea re usitatis.

X. Populi eadem potestas in Rebuspublicis, quæ populi imperio administrantur. Non enim alia de caussa potest princeps magistratus creâre, et de rebus pro arbitrio statuere, quam quod potestate populi in eum translata, populi jure et potestate in eo utitur. *d. L. 1. de constit. princip.* Qualis potestas fuit [16] populi Romani ante occupatum dominatum ab Imperatoribus, ut exponitur in *L. 2. D. de origin. jur.*

XI. Simul atque autem populus cœpit habere

---

14) In quo omnis jurisdictio residet, ac ab eo veluti a capite et perenni fonte emanat, atque magistratus derivatur. Unde DD. Oceano comparant Imperatorem, ac penes eum jurisdictionem residere ut scabellum pedum suorum, ab illo in magistratus fluere et ad eundem refluere, Parlador. *Lib. 2. Rer. Quotid. Cap. 1. n. 7.* Scip. Gentil. *Lib. 1. de Jurisdict. Cap.* 18. Matth. Steph. *Lib. 1. Cap. 1. n. 83. Cap. 2. n. 26. et Cap. 38. n. 2.* Paurmeist. *Lib. 2. Cap. 4. n. 22. et seq.* Knich. *de Sax. non prov. iure v. Ducum Sax. Cap. 1. n. 3. et 4.* qui ad hoc pluros veterum citant. Unde præsente principe omnia omnium magistratuum imperia conquiescunt. Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 165. *et Lib. 3. Cap. 1. ac passim.* quemadmodum fluviorum impetus una cum nomine absorbetur cum ab ostiis in mare confusi labuntur, et siderum omnium lux nulla percipitur, cum sol exoriri cœpit, ait idem scite, 3. *de Rep. 6. n.* 313. ubi tamen nihil inde magistratibus decedere, sed præsente principe imperandi jus sustineri ac suspensum teneri. Plin. *in Panegy.* Imperatoris adventu legatorum dignitas obumbratur. Qua de re scitissimi versus Guntheri *in Ligurino Lib.* 11.

Hoc quoque per cunctas regnator Teutonus urbes,
Non modo Teutonicas, sed et hic et ubique jacentes
Jus habet: ut praesens quasi maximus omnia iudex
Claudere iura manu, cunctasque recidere lites
Debeat: atque omnis iudex, omnisque potestas
Atque magistratus ipso presente quiescant.

Ref. Scip. Gentil. *Lib. 2. Cap.* 28. Conveniunt loci juris Sax. Landr. *Lib. 1. Art.* 58. *et Lib. 3. Art.* 60. Sed Bocer. *de Iurisdict. Cap. 8. n.* 80. hodie Principes et status imperii in exercitio suæ jurisdidtionis per imperatorem impediri non posse, add. Colet. *de process. pag. 2. Cap. 1. n.* 140. *et seqq.* Quo spectat tralatitium illud, Principes imperii in sua quemque ditione jura Cæsaris habere, de quo vi *infra Cap. 9. N. 7.*

15) *L. 1. §. 4. de off. præf. urb. L. 5. C. de divers. rescript.* Et recte signum supremæ potestatis statuitur auctoritas creandi magistratus, P. Gregor. 4. *de Rep. 5. n.* 24. Nec minima jurisdictio ordinaria sine principis auctoritate, mediate vel immediate, confertur, Wes. *ad h. t. C. n.* 21. P. Gregor. *d. n.* 24. Et male Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 150. magistratum creationem juris majestatis non esse, sed in subditos sæpe convenire scribit. Nam et cum Principes majores magistratus creant, iisque facultatem minores constituendi impertiuntur, inferiores hi itidem jurisdictionem a principe habent, quia omnia nostra facimus, quibus auctoritatem impertimur, *constit. DEO auctore §. 6. de concept. D.* Marta *de Iurisdict. pag. 1. Cap.* 42. Et cum municipia jus eligendi magistratus habent, sua id potestate non faciunt, sed consensu expresso vel tacito principis, P. Greg. *d. loc.* Sic Vult. *ad L. 3. C. h. t. et seqq.* Jurisdictio ait, a publico necesse est accipiatur: Et aut ab eo qui statui præest ut Imperator, aut cui is concessit: sicuti hodie status imperii: aut præscriptione lapsu temporis, ubi tacita concessio. De qua præscriptione, quam cum territorio, item cum titulo et bona fide decennio vel vicennio fieri volunt, alias tricennio etc. vid. Wes. *in hoc tit. C. n.* 17. Petr. Greg. 47. *Synt.* 21. *n. 22. et seqq.* Obrecht. *de Jurisdict. Cap. 10. n.* 15. Jo Monach. *Cap. 5. n. 10. et seqq.* Matth. Steph. *Lib. 1. Cap. 38. n. 33. et seqq.* Paurmeist. *Lib. 1. Cap.* 21. (qui moribus inductam esse contra jus scriptum censent, cum non sit in patrimonio privatorum *n.* 14.) Bocer. 8. *n.* 99. *et seqq.* An et quando necessaria hic scientia ejus contra quem præscribitur, Padilla *in L. 1. C. de servit. n. 30. et seqq.* Sane meri imperii præscriptio juri civili incognita, ut probat Obrecht. *Cap. 4. n. 17. et seqq.* licet diff. Bronch. 1. *Misc.* 9. Fach. 8. *Controv.* 23. Est et tacita concessio in jurisdictione, quæ ex consuetudine competit: qua dari jurisdictionem confirmant ex *L. 1. C. de emanc. L. 8. C. de divers. off. Lib. 12. Tit. 60. L. 25. ad Municip.* Petr. Gregor. 47. *Synt.* 21. *n.* 21 Decian. *Tr. Crim. Lib. 4. C.* 27. Knich. *de Sax. non provoc. jure v. Ducum Sax. Cap. 1. n. 41. et seqq.* Paurmeist. *Lib. 1. C. 21. n.* 10. Jo. Monac. *de Iurisdict. Cap. 5. n. 20. et seqq.* Matth. Steph. *Lib. 1. Cap. 38. n. 46. et seqq.* ubi et quid hæc acquisitio a præscriptione distet, exponunt.

16) Joach. Steph. *Lib. 3. de Iurisd. C.* 3. post Consularem potestatem incisam lege Valeria, Senatus auctoritatem in populi potestate penitus reconditam fuisse. Bodin. 6. *de Rep. 6. n.* 772. statum Romanorum exactis Regibus popularem fuisse, rationem autem gubernandæ civitatis alienissimam a' populari, aristocraticam, geometricis legibus constitutam. Qui et 2. *de Rep. 1. n. 179. et seq.* Rempublicam Romanam ex triplici politiæ genere temperatam ac confusam constitisse negat, quod afferant Polyb. *Lib. 6. de Discipl. Rom.* Machiav. *Lib. 1. Discurs. de Rep. Cap.* 2. Perion. *Lib. 1. de Rom. et Græc. Magistr. pag.* 969. cujusmodi statum præstantissimum censet Hotom. *in Francogall. Cap.* 12. Alii vero ex duobus Aristocratia et Democratia constitisse, Cabot. 2. *Disput. 3. et 4.* Alii 4. formis compositum a Monarchia in Dictatore quod refellitur ex iis quæ habet Bodin. 1. *de Rep. 8. n. 79. et seqq.* Oligarchia in Consulibus; Democratia in populo, et Aristocratia in Senatu, Auctor *Catalex. de O. I. Lib. 1. Excurs.* 6. Quin et sub Regibus regni speciem non fuisse puram putant, sed confusam cum democratia, nec Reges habuisse plenum ac perfectum imperium volunt idem *d. Lib. 1. Excurs. 6. et seq. et Lib. 2. Excurs.* 2. Pollet. *Lib. Histor. fori Cap.* 5. Contra alii, Obrecht. *Cap. 6. n.* 2 quia etsi sub Regibus multum populo permissum a Servio, leges condere, magistratum creare, tamen ea Rex non a se abdicaverit, sed cumulative concesserit, Joach. Steph. *d. Lib. 3. Ca. 3. n.* 6. Et jure non potuisse a Regibus Romanorum provocari ad populum eximie probat, locum Liv. *Lib.* 1. de Horatio sororicida explicans Scip. Gentil. *Lib. 3. Ca.* 1. Ex clementi enim interpretatione regis Tullii et benigna a concessione id concessum Horatio. Ipse enim Tullius dederat Duumviros. Quare nec ad alium jure provocatio quam ad ipsum. At princeps

bere principem, ad quem summa rerum pertineret, non jam creandorum magistratuum potestas populi est, sed principis. Postquam enim transtulit populus omne imperium et potestatem suam in principem: simul factum est, ut desineret habere. Potest tamen in hac parte Reipublicæ, ut et in cæteris, aliquid populo juris esse: sed sciendum est tantum id futurum, quantum cuique populo a principe concessum erit, aut ex vetere potestate populo relictum: quod quidem nullis continetur certis legibus, sed ubi id sit, et quantum ex fœderibus, conventionibus, privilegiis civitatis et populi cognoscendum est. Ex hoc genere est jus illud relictum civitatibus, quæ sub orbe Romano erant, ut in singulis municipiis possent cives creare sibi proprios magistratus, quorum jurisdictio contineretur intra territorium cujusque municipali, *L. duumvirum, C. de decur. lib.* 10. qui inde dicti sunt magistratus [17] municipalis. *L. magistratibus, D. de jurisd. Titu. C. de magist. municip.* Jurisdictione tamen eorum intra hos fines conclusa, ut quæ jurisdictionis essent, facere possent: quæ imperii magis quam jurisdictionis non possent. *L. ea quæ, D. ad municip.* quod quid sit, proximo capite dicetur.

XII. Et quoniam horum crebra est mentio in libris nostris, neque una est species quam Accursius unam putavit ad *L.* 1. *D. si quis jus dic. non obtemp.* ne quis sit error, sciendum est horum duo genera fuisse: quorum alii [18] Duumviri dicti sunt, alii Defensores civitatis. Duumviri nominantur in *L.* 1. §. *si inter, D. de mag. conven. d. L. si quis jus dic. non obtemp.* inde dicti, quod [19] duo viri ad eum gradum eodem tempore et pari potestate adhiberentur. De defensoribus civitatum exstat titulus specialis in Codice sub eadem inscriptione. Defensores civitatum illic nominantur fere passim, ut plures hi quoque simul fuisse in quoque civitate videri possint: quæ res fortasse errori caussam dedit, ut hi iidem esse cum Duumviris putarentur. Sed verius est unum tantum

legibus, quibus solutus est, suis se ultro adstringere potest. Sub Augusto vero populare imperium in unius potestatem conversum. Qui etsi auctoritatem Senatus, tribunorum potestatem, magistratuum dignitatem se conservare significabat, id tamen omnino egit, ut imperium sibi omnimodum constitueret, vid. Joach. Steph. *Lib.* 7. *Cap.* 4. Ac verbo quidem Princeps seu in Republica primus, re ipsa rerum omnium moderator et Rex fuit Bodin. 4. *de Rep.* 1. *n.* 377. qui et *de Rep.* 6. *n.* 52. Tiberium umbram popularis status, quam Augustus populo reliquerat, penitus ademisse. Unde apparet quam male idem sibi constet, dum alibi Imperatores Romanorum summam potestatem non habuisse, sed auctoritate non imperio præponderasse, nec monarchiam fuisse, sed principatum docet *Lib.* 1. *Cap.* 8. *n.* 93. *et Lib.* 2. *Cap.* 1. *n.* 186. *ac Cap.* 5. *n.* 209.

17) *L.* 25. *et seqq. ad Municip. L.* 1. *L.* 4. §. 3. *de damn. inf. L.* 35. *in fin. de O. et A.* Græcis στρατηγοὶ τῶν πόλεων *L.* 6. §. 16. *de excus.* ἄρχοντες τῶν πόλεων *L.* 15. §. 9. *d. t.* de quibus agit Scip. Gentil. *Lib.* 2. *de Jurisdict. Ca.* 5. *et seqq. Lib.* 3. *Ca.* 21. Hinc municipalis jurisdictio *L. incola* 29. *ad municip.* Quæ licet tenuior ac minus ampla, suisque circumclusa limitibus fuerit, Vand. *Lib.* 1. *Quæst.* 22. *n.* 4. vera tamen ipsa, verique hi magistratus, siquidem majoris et minoris ratio speciem non variat. Tametsi Bodin. 1. *de Rep.* 6. *n.* 54. nullam pene eos jurisdictionem habuisse scribat, et Duar. *ad h. t. D. Ca.* 4. *ad d. L.* 3. *h. t. fol.* 25. totam disputationem, definitionem, ac divisionem imperii, et jurisdictionem pertinere ad solos Romanos, non municipales magistratos, et Scip. Gentil. *d. Lib.* 1. *Ca.* 2. hos non modo imperio, sed et jurisdictione propemodum caruisse, nec veros ac justos magistratus esse, qui tamen valde variare, nec sibi probe constare videtur in hoc argumento. Licet autem hi non habuerint omnia quæ misti imperii, nec utique ea quæ magis imperii, quam jurisdictionis; *L.* 26. *princ. ad Municip.* male tamen qui omni eos imperio misto caruisse putat, Duar. *d. lo. et Disput.* 53. Vand. *d. Q.* 22. Scip. Gentil. *d. Lib. Ca.* 3. *et Ca.* 5. *ac passim.* Male qui in illis exemplum simplicis jurisdictionis ab omni imperio sejunctæ statuunt. Immo et hi imperium habent pro modo jurisdictionis suæ, quo effecta dare possint quæ decreverint. Quia enim non ita ampla est eorum jurisdictio, uti magistratuum Romanorum, ideo ad modum jurisdictionis moderatum quoque est eorum imperium. Nam et ipse Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 9. sententias suas illos exsequi potuisse pignoribus captis et rei judicatæ tuendæ caussa distractis, *L.* 29. §. *pen. ad L. Aq.* unde apparet contra resistentes etiam violentius quid facere posse. Et facit *L.* 4. §. 2. *de damn. inf.* Ac potestas eis tribuitur *L.* 52. §. 12. *de furt.* vid. Cujac. *ad L.* 1. *de V. S.* Bus. 2. *Subtil.* 14. Ant. Fab. *ad L.* 12. *h. t.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisdict. Ca.* 12. *n.* 34. *et seq.* Obrecht. *Ca.* 2. *n.* 21. Bocer. *Ca.* 4. *n.* 33. Merum autem imperium majus ac jus gravioris animadversionis non habuerunt. Hinc Judæi Pilato responderunt sibi non licere quenquam interficere, Joan. 18. *vers.* 32. Govean. *ad L.* 12. *h. t. n.* 5. Bodin. 1. *de Rep.* 6. *n.* 54. refellens eos qui pontifices Judæorum religione impeditos judicio Christi abstinuisse putant. Modicam autem castigationem (quæ strictior est coercitione, verberum irrogationem ac vim corpori illatam denotans, cum coercitio etiam fiat, mulcta dicta aut pignoribus captis, etsi et ipsa stricte significet corporalem animadversionem, Decian. *Tr. crim. Lib.* 4. *Ca.* 2. *n.* 2.) in servos habuerunt *L.* 12. *h. t. L.* 17. §. 1. *Qui et a quibus man. L.* 52. §. 12. *de furt.* et forte etiam in municipes suos viliores item vagabundos, Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 21. Ex *Nov.* 15. *Cap.* 6. §. 1. eisdem leviorum insuper criminum cognitio et animadversio competit, quam Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. *pag.* 446. vult eos non habere jure magistratus sui, sed ex constitutione Imperatorum speciali, ideoque mandare alteri non posse. Sane et in graviorum ac atrociorum delictorum reos jus apprehendendi et carceribus includendi habent, quos magistratibus provinciæ superioribus puniendos mittant *d. Cap.* 6. §. 1. *et L.* 7. *C. de defens. civ.* An torquere possint, vid. Muscorn. *de Jurisdict. n.* 108. *et seq.* Denique ab illis ad nostrorum temporum magistratus argumenta duci possunt. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 7. qui scilicet in civitatibus subditis, *in den. Land. und. Jursten. Stadten*, qui quomodo illis comparari possint Bocer. *Cap.* 8. *n.* 86. *et seq.* de quibus plenius agit Matth. Steph. *Lib.* 2. *pag.* 2. *Cap.* 3. Non autem ad civitates liberas vel imperiales, Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 22. Cæterum et quando jus creandi magistratum non competit municipiis, sed eum a principe accipiunt, vacante officio interim dum princeps alium sufficiat decurionum collegium magistratus sibi, cum eo carcere nequeat, creare posse scribit Covar. *Pract. QQ. Cap.* 4. *n.* 3. Parlador. 2. *Rer. Quotid. Cap.* 1. *n.* 8. per *Cap. cum olim* 14. *de major. et obed.*

18) Govean. *ad L.* 12. *h. t. n.* 1. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 7. *et Lib.* 2. *Cap.* 5. Errat vero Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 275. volens prætoriæ tantum jurisdictionis partem habuisse eos precario, neque magistratus fuisse. Etsi enim demus quod remissio in possessionem ex caussa damni infecti ab illis exerceatur ex mandato prætoris per *L.* 1. *L.* 4. §. 3. *de damn. inf.* quanquam et hoc controversum est vid. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 6. alia tamen tam circa municipii administrandi ac gerendæ reipublicæ curam quam in jure, de caussis intra certam quantitatem, municipibus suis reddendo, quæ suo et proprio jure exercent, nec Prætoribus aut Proprætoribus accepta ferunt, sed ex lege municipii habent *L.* 25. *ad municip. L.* 1. *C. de emanc.*

19) Licet interdum plures fuerint, Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 5. inde reperiri scribens in antiquis inscriptionibus, Quatuorviros (ad quod male Cujac. *ad L.* 18. *C. de decur.* allegat *L. un. C. de sol. et lib. deb. civ. Lib.* 11. *tit.* 59. Quinqueviros, Semptemviros; Sic Romanis Quindecimviri sacrorum dicti, licet postea numerus ad 60. usque excreverit.

tum defensorem fuisse in singulis locis et territoriis. Nam *L. 1. eod. tit.* dirigitur nominatim ad unum defensorem. Lex autem 3. *ibidem*, peculiare patrocinium huius magistratus appellans, nominatim id ita interpretatur, ut dicat intelligere se patrocinium defensoris locorum, numero singulari, non autem defensorum. Sic curiales et defensor civitatis nominantur in *L. unic.* illic, *ita ut ab omni defensus. C. ut omnes ind. tam civ.* Unus igitur defensor singulorum locorum, non plures. Nec contrarium est, quod alibi nominantur defensores civitatum. Sane enim civitatum plurium non possunt esse, nisi plures defensores, si singulæ suum defensorem habent, etiamsi unum tantum. Ut enim junctæ civitates non possunt esse nisi plures, etiamsi unaquæque per se sit una; ita iuncti cum suis civitatibus singularum defensores non possunt esse, nisi plures, etiamsi singulorum sit unus tantum defensor. Aliud est si dicantur civitatis defensores; tunc enim necesse sit intelligi unius civitatis defensores plures: sed hoc non legimus. Atque ut quis dederit plures cujusque civitatis defensores fuisse: vincet tamen ratio [20] alios atque alios magistratus fuisse, Duumviros et defensores civitatum. Cujus rei certissimum hoc argumentum est, quod decurio duumviratu et aliis honoribus fungi potuit. *l. honores*, §. *is qui*, *D. ad municip. L. 1. C. de magist. municip.* Defensor autem ex corpore decurionum [21] eligi prohibetur in *L. 2. C. de defen. civit.* Et certe duumviri fuerunt communes municipii magistratus ad omnes caussas et personas municipii pertinentes. Defensorum autem speciale munus fuit, positum in peculiari [22] patrocinio, ut est in *L. 3. Cod. de defens. civitat.* id autem sic explicatur in *L. 5. eod.* ut fuerit officium, quo innocentiam tuerentur ab improborum insolentia et temeritate. Quæ munia ejusdem magistratus esse non potuerunt. Populo magistratum constituente, hic ordo et [23] modus constituendi est, ut creetur magistratus suffragiis eorum, penes quos ea potestas est: quæ quomodo adhibeantur, et quam recte, sumendum est ex cujusque civitatis et nationis legibus. Suffragiis certe hæc res transigitur. Quæ res hic etiam locum fecit legi Juliæ de ambitu, aut Senatusconsulto, quod circa eam factum est, ut declaratur in *L. 1. D. de leg. Jul. amb.*

XIII. Sunt ergo, ut ad definitionem superiorem redeam, magistratus ii, qui ut juri publice dicundo præsint, ita constituti sunt, ut diximus: atque hi [24] propriam jurisdictionem et suo jure habent. Sed an soli magistratus? Et puto recte dici solos magistratus ita habere. Nam si recte definivimus magistratum esse eum, qui rite constitutus sit, ut præsit juri dicundo: non potest, quin, quemadmodum qui magistratus sunt, jurisdictionem habent et ei præsunt: ita e converso qui hanc habent, et ei præsunt, sint magistratus. Nulli autem jurisdictionem habent pro-

20) Scip. Gentil. *Lib. 1. Cap. 7. pag. 24.* Defensores majorem jurisdictionem habere quam duumviros, qui tamen *Lib. 2. Cap. 6.* apud defensores non esse legis actiones, seu ea quæ sunt jurisdictionis voluntariæ, apud duumviros esse. Quin maximus honor in municipio duumviratus *L. 1. princ. de albo scrib.* plerisque autem civitatibus utrumque magistratum fuisse, in tenuioribus alterum tantum *L. 30. de don.* idem *d. Lib. 2. Cap. 5.*

21) Quia hi similes tribunis plebis ex plebe eligendi; sicuti duumviri qui consulum speciem præ se ferebant, ex decurionum ordine creabantur, Forst. *de Jurisdict. Rom. P. 1. Cap. 1. n. 30. et seqq.* In quo simulacrum quoddam Senatus. Et Senatus is dictus in Lege Pompeja de Bithinis. Plin. *Lib. 10. Epist. ad Trajanum* teste M. Vetran. Mauro *de Jure liber. Cap. 8.* et a Senatu ad hunc argumentantur Imperatores *in L. 36. Cod. de decur.* Vult. *ad L. 1. C. Ubi quis de curiali n. 10.* add. *supra Lib. 2. Cap. 21. N. 3.* Ad similitudinem itaque magistratum Romanorum creati hi magistratus, Cujac. *in Nov. 15.* Matth. Steph. *Lib. 1. Cap. 14. 95.* Obrecht. *n. 95. Cap. 11. n. 38.* Paurmeist. *Lib. 1. Cap. 11. n. 21.* Unde Duumviri Consulum nomen per ambitionem sibi sæpe adscribebant, Scipio Gentil. *Lib. 2. Cap. 5.* suspicans ita sumi vocem *consulibus* in *L. 30. de acq. her.* veluti hodie Consules usurpantur etiam in minimis oppidulis, adeo non pares Consulibus Romanorum, ut nec Duumviros referant, Matth. Steph. *Lib. 2. pag. 2. Cap. 3. n. 257.*

22) Tenuium patrocinium suscipiebant, contra potentiorum oppressiones ac iniquas Curialium rogationes, Alc. 3. *Dispunct.* 5. (qui et tres fuisse censet, ut et Forst. *d. loc.* non unum, ut noster) Scip. Gentil. *Lib. 2. Cap. 7.* Matth. Steph. *Lib. 1. Ca. C. 14. n. 99.* qui et defensores plebis *L. 1. C. de Off. jurisdict. Alex.* Cujac. 3. *Obs.* 14. de quibus et P. Gregor. 18. *Synt.* 18. qui tamen male *d. Lib. Cap.* 16 *n.* 5. duumviros ad imitationem tribunorum inductos scribit. Fuerunt et nonnullis municipiis ædiles *L. 30. §. 1. D. Locat. L. 2. Cod. Si serv. vel lib.* lib. 10. *tit.* 32. Cujac. *in L. 18. C. de Decur.*

23) Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 285. Modum creandi magistratus aut a delectu pendere, aut a sorte, aut ab utroque simul. Delectum fieri aut clara voce, aut manuum extensione. Græce χειροτονία quia utuntur nunc Helvetii, olim Græci: aut tabellis aut sphærulis, aut calculis, et vel occultis vel apertis suffragiis. De modis hisce vid. Aristot. 3. *Polit.* 15. P. Greg. 4. *de Rep.* 5. *n.* 40. *et seqq.* Picolhom. *Phil. mor. Gr.* 10. *Ca.* 17. Paurmeist. *Lib. 1. de Jurisdict. Cap.* 24. et de triplici ratione Atheniensium, Passard. *de Magistr. Athen. Cap.* 3. Joach. Steph. *Lib. 2. Ca. n.* 15. *et seqq.* De sortitione (qua minus peccari quam electione vult Sc. Amirat. *Dissert. Polit. in Tacit. Lib.* 20. *Discurs.* 1.) prolixe Tiraq. *de Jure primigen. Q.* 17. *Opin.* 1. Qui idonei et ex quo civium ordine perficiendi, P. Gregor. *d. Cap.* 5. *n.* 15. *et seqq.* Picolhom. *d. Gradu* 10. *Cap.* 16. Zach. Fridenreich. *Polit. Cap.* 10. De venalitate magistratuum ac officiorum publicorum dinundinatione, ceu peste Reipublicæ summa summe vitanda Aristot. 2. *Polit.* 11. P. Greg. 2. *de Rep.* 6. *n.* 17. *et* 4. *de Rep.* 5. *n.* 27. *et seq. et C.* 6. *n.* 4 *ac* 21. *Synt. Arb. mirab.* 7. Danæ. 6. *Polit.* 5. *pag.* 432. *et seqq.* Jo. Cas. *Lib. 2. Sphæræ civit. Cap.* 9. Hotom. *in Francogall. Cap.* 27. *p.* 225. *et seq.* Menoch. *Arb. Cas.* 301. Vasq. 1. *Ill. Cont. Cap.* 42. *et seq.* Gerard. Mayuard. *Lib. 1. Decis.* 86. *etc.*

24) Scip. Gentil. *Lib. 2. Cap. 3.* Matth. Steph. *Lib. 1. Cap. 5. n.* 35. sed obsistunt ea, quæ *supra h. Ca. N.* 5. nisi hæc juxta priora accipias, ita quod ubicunque jurisdictio propria, accedente curatione muneris Reipublicæ, magistratum poni necesse sit.

propriam et suo jure, nisi qui ei præsunt. Nulli igitur propriam habent, nisi magistratus.

XIV. Sed hanc partem dubiam fecit Pomponius in *L.* 2. §. *capta*, vers. *et hæc omnia*, *D. de origin. jur.* qui præfectum annonæ, et vigilum scribit non esse magistratus, sed extra ordinem utilitatis caussa constitutos esse. Et tamen constat præfectum vigilum jurisdictionem habuisse, quam et suo jure habuerit, non alieno beneficio: proinde et ei præfuisse. *L.* 5. §. 1. *D. de offic. præfect. vig.* Quæ si vera sunt, non soli jurisdictionem propriam habent, eive præsunt, qui sunt magistratus. Ego autem, quominus moveamur his exemplis, etiam præfectos istos magistratus fuisse non dubito. Certe ab iis qui ex professo scripserunt de magistratibus Romanis, in hoc numero recensentur, ut Fenestella et Cassiodoro. Sed et Cicero in oratione *pro domo suo* de M. Catone pecuniæ regis Alexandrini deportandæ extra ordinem præfecto loquens, id munus honorem et imperium vocat, quod qui habent, sunt magistratus, et ita dicuntur in edicto de in jus vocando. *L.* 2. *D. de in jus vocand.* Cicero ipse libro tertio *de legibus*, imperii verbo ubique magistratus intelligit. Nam leges de magistratibus sanciens ita scribit a principio: *Justa imperia sunto, hisque cives modeste et sine recusatione parento.* Et paulo post: *Imperia cum Senatus creverit, populusve jusserit, ex urbe exeunto:* ubi imperia alios quam qui imperia habent, idest, magistratus, accipere non possumus. Et certe cum jurisdictioni præfuerint, his convenit magistratus definitio. Cur non ergo et his recte tribuamus magistratus nomen? Negat tamen, ut dixi, Pomponius hos magistratus esse. Sed hoc, ni fallor, sensit, non esse istos proprie magistratus, quo nomine Reipublicæ magistratus intelliguntur: idest, ii, quos habet civitas certos et constitutos, seu ordinarios, qui iidem statis et ordinariis temporibus quotannis crearentur. Quo in numero superiores non fuisse judicare voluit Pomponius. Idque ex eo potest intelligi, quod subjicit: *non sunt magistratus*, inquit, *sed extra ordinem utilitatis caussa constituti sunt.* Cæterum ita constituti, sunt magistratus tamen, [25] licet extraordinarii. Neque novum est generis nomen per excellentiam attribui proprie et specialiter iis quæ ordine et usitato more fiunt, etsi ad species quasdam extraordinarias non minus pertineat. Sic proprie et specialiter actio dicitur ea, quæ est ordinaria, distinguiturque a persecutionibus extraor-

25) Ita et Muret. *ad d.* §. 33. *et* Cujac. *ibid.* Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 3. non esse solemnes statos ac legitimos, sed extra ordinem moremque consuetum ad tempus constitutos. Magistratus a καί ἐξοχὴν sæpe Ordinarii. Sic distinguuntur a magistratibus, qui extra ordinem jus dicunt *L.* 7. §. *ult. off. procons.* Wes. *ad tit. C. de pedan. jud. n.* 6. licet verba extra ordinem ibi possint significare ea, quæ speciali lege tributa magistratus jure non competunt, de quibus etsi magistratus jus reddant, non tamen *quasi magistratus*, aut vi suæ potestatis. Et quod magistratus alii ordinarii, alii extraordinarii, docent Obrecht. *Cap.* 11. *n.* 4. *et seqq.* Lips. *de Magistr. pop. Rom. Cap.* 2. Pluresque fuisse extraordinarios, urbanos et provinciales, Petr. Gregor. 47. *Synt.* 6. *n.* 6. Et consentit quidem, sed Pomponium reprehendit auctor *Catalex. de O. I.* falso adscriptæ Jo. Emer. Rosbach. *Lib.* 2. *Excur.* 17. *sub fin.* Contra Govean. *ad L.* 13. *hoc tit. n.* 1. *per d.* §. 33. (qui et Procuratorem Cæsaris magistratum esse negat per *L.* 46. *de cont. empt.* 1. sed male *Lib.* 2. *de Jurisdict. n.* 48.) Ged. *ad L.* 215. *de V. S. n.* 8. Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 14. docens, extraordinariam jurisdictionem lege speciali etiam dari ei, qui magistratus non est, et Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 2. *in fin. et Cap.* 5. *n.* 7. jurisdictionem tantum ordinariam arguere magistratum. Et convenit Bodin. 3. *de Rep.* 2. *et* 3. dum munus magistratus certa lege, generali scilicet, definiri oportere docet, nec sine legibus constitui posse ordinaria imperia et potestates, quibus extraordinaria, quas curationes vocat, opponit. Atque his accedo non tantum propter *de* §. 33. nimis apertum: sed et quia potestas extraordinaria ex arbitrio imperantis tota pendens propria dici nequit, cum perpetua non sit nec personæ nec officii ratione, sed veluti precario habeatur ut Bodin. *d. lo.* ostendit. Et maxime quia nec extraordinaria potestas magistratui stato et legitimo specialiter concessa jure magistratus habetur, ut *C. seq. N.* 30. Minus igitur ea ita habebitur, quam quis solam obtinet. Quin mandata forte hæc et delegata a lege vel eo qui statui præest, sicuti alia mandata a magistratu. Usus et effectus quæstionis etiam in eo, ut hæ extraordinariæ jurisdictiones si magistratus non sunt, magisque a lege delegatæ quam datæ, seu delatæ, alii mandari nequeant, per ea quæ *Cap. seq.* Quin neque hos ad caussas eas quorum notionem habent judices dare posse contendit Govean. *ad d. L.* 13. *per eam L.* Sane latiori sensu et extraordinario has potestates magistratus vocari agnosco, sed improprie Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 10. *n.* 3. Sicuti Dictator magistratus appellatur *L.* 2. §. 18. *de O. I.* etsi Dictatura vere magistratus non fuerit, sed Curatio, quæ vulgo hodie commissio, vid. Bodin. 1. *de Rep.* 7. *n.* 80. *et* 3. *de Rep.* 2. *a.* 26. Enim vero omne imperium legitimum ἐν πλάτει nomine magistratus censetur. Sic nempe Rex quoque nomine magistratus venit *d. L.* 2. §. *quod ad magistratus* 14. *de O. I.* cum tamen Princeps supremus magistratus non sit, sed celsior. Tiber. *apud. Tacit. Lib.* 3. *Non Prætoris aut Consulis partes sustineo; maius aliquid et excelsius a principe postulatur*, Cujac. *ad d.* §. 14. Atque a magistratu discernendus, ut magistratuum omnium caussa, auctor ac veluti fons, Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 26. *et Lib.* 3. *Cap.* 18. Nec jus supremæ potestatis, vel majestas, dignitas est, sed dignitatis culmen ac principium idem *Lib.* 3. *Cap.* 10. *n.* 18. Et sicuti stipes a quo gradus proveniunt non facit gradum, ita nec Princeps gradum dignitatis. Matth. Steph. *Lib.* 2. *pag.* 1. *n.* 2. *et seqq.* Eademque a jurisdictione ac imperio mero et misto diversa, vid. Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 32. *et seq.* Ac regem a summo magistratu differre scite ostendit Cabot. 1. *Disput.* 7. Hic enim is dicitur, cui regia potestas, (vel omnis vel quædam partes, modo alium majorem non habeat) ad tempus credita; ut Vergobretes apud Heduos annuus, Prytanes apud Rhodios, et alii quos refert. Nam qui hanc illi dedit, sibi quoque jura summæ potestatis retinuit, alias exacto tempore non posset cogi ille, ut potestate abiret. Sic Cic. 3. *de LL.* de Consulibus. *Duo regio imperio sunto* etc. Qui summi magistratus utique antequam lege Valeria eorum potestas incisa Jo. Steph. *Lib.* 3. *Cap.* 3. Annui tamen, quos reges fuisse nemo dixerit. Hinc et Liv. *Lib.* 55. pro notabili habuit, quod Samothraces summum magistratum suum Regem vocent, Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 26. Sic Magistratus nemo se abdicando imperio quidquam agit, vid. *Cap. seq. N. L.* At imperatori potestas est sponte ab imperio abeundi, ut exempla tum vetera Diocletiani et aliorum, tum recens Caruli V. avorum nostrorum memoria anno 1556. Septembri Sleidan. *in fin. histor.* probant. Joach. Steph. *Lib.* 3. *Cap.* 10. *n.* 18. Matth. Steph. *Lib.* 2. *P.* 1. *Cap.* 1. *n.* 146. Quanquam superioritatem eam, cujus inferior non est capax, Imperator a se abdicare nequeat. Knich. v. *Ducum Sax. Ca.* 1. *n.* 14. intellige, retenta scilicet dignitate Imperatoria; nec ab obedientia imperii eximere. Zoan. *de Rom. imperio n.* 196. *et seqq.* Sicuti nec principi ditionum alienationes omnino liberæ, vid. Zoannet. *d. Tr. n.* 185. *et seqq. et de Primatu prioris geniti Cap.* 4. Hotom. 5. *Obs.* 9. *et Illustr. Quæst.* 1. Tom. Michael. *Conclus. juridica de Jurisdict. imperiali Th.* 14. *et seqq.* Quæ vetitæ non tam lege speciali (ea solutus esset princeps) quam generali omnium regnorum, cum ipsis regnis nata, ut Cujacius in *Cap. intellecto* 33. *de iniur.* Diss. qui Principem a Magistratu non discernunt, Obrecht. *Cap.* 6. *n.* 39. Bocer. *Cap.* 8. *n.* 53. auct. *Catalex. de O. I. Lib.* 1. *Excurs.* 15. *sub. fin.* Pico hom. *Philosoph. mor. Gradu* 10. *C.* 16. et passim vocans primum et principalem magistratum.

traordinariis: quæ tamen et ipsæ generaliter actionis verbo continentur. *L. pecuniæ*, §. *actiones*, *L. actiones*, *D. de verb. significat.*

XV. Sed ne necesse sit conjicere nos in eas angustias verbi, licet tuto rem hoc modo definire; ut jurisdictionem propriam et suo jure habere intelligantur magistratus ordinarii omnes: tum si quid sunt, qui extra ordinem constituuntur juris publici dicendi causa, ut fuerunt Romæ præfectus vigilum, et præfectus annonæ; sive hos magistratus appellare placet cum Fenestella, et Cassiodoro, sive non placet cum Pomponio. Si quis planius etiam desiderat, licet definire hoc modo: Quicunque in Republica creantur, constituuntur, ut juri publice dicundo præsint, dum recta constituantur, a quibus oportet, et quomodo oportet, quocunque nomine appellare libet, ii sunt, qui jurisdictionem propriam et suo jure habent, de quo quærimus. Quid sit præesse juri dicundo: quorum potestas sit constituere, qui præsit: quis sit constituendi modus, ante dictum est, inde repetetur.

XVI. Non est satis intelligi magistratum, et qui pro magistratu constituuntur extra ordinem, jurisdictionem propriam habere: sed hoc amplius cognoscendum est, quam habeant, et quantam jurisdictionem; ut sciri possit an sit eorum de re de qua agitur, jurisdictio, quod jus exigit. *L.* 5. *D. de re jud.* In quo quæritur de officio et potestate magistratuum. Ideo et hanc partem in *Pandectis et Codice* statim initio cum de jurisdictione agitur, tractatam videmus. Sed hæc quæstio ejus loci secundi est, quem proposuimus, in quo quæritur, quis sit competens judex. Est enim is competens, cujus de re controversa jurisdictio est. Hinc quæstio quæ cujusque magistratus jurisdictio sit, et quanta, et an ad hanc rem pertineat. Quare in suum locum differemus. Meminerimus enim nunc tantum quærere nos, qui jurisdictionem habeant, ut his constitutis hinc gradus fiat ad id quod sequitur, ut quæratur quam quisque et quantam habeat.

CAP.

CAP. VIII.

Qui habeant mandatam jurisdictionem. Hinc de jurisdictione & imperio, quid his contineatur. Quid inde mandari possit; quid mandata jurisdictione transeat.

De Mandata jurisdictione quatuor esse quæstionum genera; et quæ. I.
Jurisdictionem posse mandari, sed non in alium transferri. Quod sit inter utrumque discrimen. II. III.
Jurisdictionem mandare potest dumtaxat, qui eam suo jure habet. Qui ille. IV.
Mandatur illa utiliter ei qui judex dari potest, non alteri. V.
Mandari posse quæ competunt jure Magistratus; quæ sint talia. VI.
Exceptio. XVII.
Jurisdictio veteribus voluntaria et contentiosa; et qualis utraque: auctori alia rursus mixta, et quæ. VII.
Ad voluntariam pertinent quæ desiderant solam magistratus auctoritatem; et quomodo. Quatuor illa, et quæ. VIII. IX.
Item quæ decretum magistratus requirunt. Quomodo hæc et quæ sint. X.
Ad contentiosam actiones omnes, et quæ habent instar actionis. XI.
Item quæcunque ad judicium pertinent. XII.
Ad mixtam tutoris datio. Exponitur L. muto 6. §. tutoris de tutel. XIII.
In universa superiore jurisdictione inesse mixtum quod vocant imperium; et quare, et quomodo. XIV.
Jurisdictionem ab imperio re ipsa distingui; sed tamen utrumque cohærere, nec esse posse unum sine altero. XV.
Quædam magis esse jurisdictionis, quam imperii: quo sensu, et quæ ista. XVI.
Manumissio, adoptio, et quæ dicitur prætoria cognitio mandari possunt. Contrariis occurritur. XVIII.
Mandari non posse merum imperium, et tutoris dationem et quare. XIX. XX. XXIV.
Merum imperium quid. Illius etymôn, res ipsa, deinde atque origo ostenditur. XXI. XXII.
Mutata re nomen imperii vetus obtinuit. Hoc quare magistratui tributum. XXIII.
Quibus verbis mandari intelligatur a magistratu jurisdictio. XXV.
Quid si magistratus dare se jurisdictionem, aut judicem dare se dicat. XXVI.
Quid vero si princeps. Quod de utraque re inter utrumque discrimen. XXVII. XXVI.
Eatenus transfertur jurisdictio, quatenus placet mandanti: quid illa universe mandata excipiatur. XXVIII.
Quatenus jurisdictionem transferri accipiendum. XXIX.
Exponitur. L. legati D. de offic. proconsul. XXX.
Quibus modis finitur mandatum, iisdem mandatam jurisdictionem desinere. XXXI.

I. Sunt, ut proposui, in iis qui jurisdictionem habent, qui habeant [1] alieno beneficio, non suo jure: atque hi sunt, qui habent ab alio [2] mandatum: Ut quis

1) Quos precario munere fungi, sicuti magistratus commodata, Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 263. cum precarium quando libet repetere liceat, commodatum non item sed usu ac tempore finito. Qui et Curatores eos vocat etsi latius id verbi usurpet, tam de iis qui sine imperio quam qui eum eo dantur, et potissimum quibus aliquid a populo vel principe, qui statui præest, expediendum committitur etc.

2) Quam et extraordinariam vocant, cum extraordinarius judex usurpetur, qui vulgo delegatus *L.* 2. *C. de dilat. C. inducia* 4. 3 *C.*

quis mandatum jurisdictionem habeat, in eo natura hæc insunt quatuor ordine; Primum, ut jurisdictio mandari potuerit: Secundum, ut si potuit sit pro ea potestate mandata. Tertium, ut mandata transierit et habeatur. Quartum, ut translata haberi perseveret: quorum si quid deest, prope me tacente apparet rem esse in ea caussa, ut jurisdictio tanquam mandata haberi non possit. Quare de mandata jurisdictione totidem sunt natura quæstiones, in quibus hic locus consumitur. Prima, an jurisdictio mandari possit. Secunda, an pro potestate sit mandata. Tertia, an mandata transferatur, atque hinc habeatur. Quarta, haberi cœpta quandiu perseveret, seu an et quomodo finiatur.

II. Prima est illa quæstio natura, an quam jurisdictionem quis habet, possit ea alii mandari et ad eum transire. Nam si jure mandari non potest, quæstio tollitur: quando qui mandat, nihil agat ut accidit in omnibus quæ contra jus fiunt; quæ pro infectis habentur. *L. non dubium*, *C. de legib.* Et jurisdictionem quam quis habeat: alii [3] mandari posse, constat. *L.* 2. *L.* 4. *D. de offic. ejus. L. more*, *de jurisd.* Sed diligenter animadvertendum est, quid hic concedatur. Permittitur solum mandare jurisdictionem, non etiam in alium [4] transferre. *d. L. more*, *de juris.* et res ita habet. Nemo jurisdictionem propriam a se abdicatam in alium transferre potest neque gratis, neque pretio: nam simpliciter nemo imperium aut magistratum a se abdicando amittit. *L. pen. de offi. præs.* Et merito. Sic enim magistratus honor est, ut sit etiam administratio Reipublicæ munus in se continens: certe ab initio delatum [5] detrectare non licet. *L. cui muneris*, *D. de mun. et bon.* Multo igitur minus semel susceptum magistratum licet [6] deponere: facilius enim repudiatur quid rebus integris, quam semel constitutum solvitur. *L. pater*, *D. de his qui sunt sui vel aliæ. jur.* At enim magistratus, et qui præest juri dicundo dicitur jurisdictionem propriam habere, et suo jure. *L.* 4. *D. de offi. ejus*, *d. L. more*, *D. de jurisd.* Sic porro jus est de rebus propriis, ut quod cujusque est, id possit transferre ad alium, nec quidquam putetur magis naturale, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Quidni igitur et jurisdictionem propriam licet totam in alium transferre? Quia sic nostra ad alios transferre concessum est, ut non liceat omnia: excipiuntur, quæ personæ cohærent: quæ quanvis jure optimo nostra facta, tamen ad alios transferre non possumus; ut est [7] ususfructus aut usus noster, quem in alieno habemus §. *finitur*, *Inst.*

3. Q. 3. *C. quoniam contra* 11. *de probat.* Camill. Plaut. *ad Rub. de off. eius Lib.* 1. *C.* 6. *n.* 8. Decian. *Tract. crim. Lib.* 4. *Cap.* 25. *n.* 30. Menoch. 2. *Præs.* 15. *n.* 11. ubi et *n.* 21. ordinariam dici secundum jus commune, extraordinariam secundum jus speciale. Unde extraordinaria, quæ magistratui lege speciali competit, ut *infra N.* 30. Et alio sensu Obrech. *de Jurisd. C.* 2. *n.* 6. Extraordinariam jurisdictionem criminalem, ubi nulla lege publica definita pœna criminis. Civilem, ubi extraordinaria cognitio, licet Paurmaist. *Lib.* 1. *de Iurisd. C.* 11. *in fine.* hanc non jurisdictionis, sed judiciorum divisionem a modo cognoscendi esse contendat: et recte. Crebrius DD. vulgo delegatam nuncupant, sicuti delegatus judex usurpatur in jure Canonico *tot. t. extra de off. deleg. et passim.* ut Cæs. Costa. *Lib.* 3. *var. jur ambig. C.* 1. ostendit, Ref Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 11. ubi et ex analogia dici debere delegatarium contendit, sicuti Mandatarius. Eundem commissarium non illatine vocari vult Pollet. *Lib.* 3. *Cap.* 15. quia eadem analogia Mandatarius, depositarius, et plura verba juris ita terminantur. Et passim Commissarius cum delegato confundi solet, Gail. 1. *Obs.* 35. Sed quid differant exponit Rutger. Rulan. *d. Lib.* 1. *C.* 2. Quando censeatur jurisdictio ordinaria, quando mandata, vid. Menoch. 2. *Præsum.* 15. Et quod Lex quoque municipalis simpliciter de jurisdictione loquens comprehendat mandatam, Muscorn. *de Iurisd. n.* 27. *et seqq.* Quoad substantiam enim eadem est cum ordinaria, licet in persona delegati sit aliena, sicuti vestis mea eadem in manu Titii quæ in mea, vid. Camill. Plautias *ad Rub. de Off, ejus Lib.* 1. *C.* 8. Etsi alii contra, vid. Io. Menoch. *ad Rub. D. h. t. n.* 3. Et Govean. *ad L.* 1. *D. et Jurisd. n:* 4. cum cui mandata est jurisdictio jus dicentis appellatione contineri negat (1) quia titulus de officio ejus, cui mandata est jurisdictio, conceptus, non de officio jus dicentis. (Leve hoc. Non debuit ita concipi, ne inscriptio latior esset rebus in titulo tractatis, alias enim agendum de omni jus dicente etiam ordinarie.) (2) Quia magis is qui mandavit jus dicere videtur.

3) Idque more majorum *d. L.* 5. id est sine lege, Govean. *ibid. n.* 3. non ex ratione insigni, sed quia ita inductum est, Duar. *ibid.* non jure magistratus, quo juris ipsius dicendi munus injungitur, Sc. Gentil. *Li.* 2. *C.* 12. *p.* 234. et quod per se facere id potest, alii committere non debet *L.* 8. §. 17. *de transact. L.* 8. *C. de procur.* Contra rationem itaque juris, ex ea ratione, quod non minus retinere et adhuc ipse cognoscere censeatur. Ant. Fab. *ad L.* 17. *h. t.*

4) Quia conferre jurisdictionem ipsam, est facere magistratum. Quod cum jure majestatis pendeat, est solius populi vel principis, penes quem summa rerum, aut cui is concessit. Obrecht. *Disput.* 6. *Th.* 30. *et seq.* Vult. *ad L.* 3. *C. de Jurisdict. n.* 15. Et quia non est in dominio aut ditione magistratus jurisdictio jure Romano, sed principis. Neque is dando jurisdictionem ea se spoliat, sed retinet jure summæ potestatis et arbitrii omnium rerum, ut Scip. Gentil. *Lib.* 2. *de Jurisd. C.* 26. Quo faciunt notata *C. præced. N.* 3.

5) *L.* 9. *eod.* Ac expedit Reipublicæ magistratui invitos potius quam ambientes præfici, Jo. Bapt. Lenc. *Obs. Polit.* 20.

6) *D. L. pen. de Off. præf.* Nisi cum consensu ejus qui summæ rerum præest *L.* 2. §. *et cum placuisset* 24. *de O. I.* Forcat. *Dial.* 60. *n.* 4. Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 39. *n.* 3. aperto scilicet. Nec enim illicita tantum abdicatio magistratus, si Princeps aperte prohibeat, sed etsi non aperte consentiat, Sc. Gent. 2. *de Jurisd.* 28. ubi tractat quæ caussæ sint finiendi magistratus vel privandi jurisdictione.

7) Ita etiam Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 20. Quæ responsio omnino displicet. Nam si genuina hæc ratio, nec mandare posset jurisdictionem magistratus. Sicuti paulo post *h. C. N.* 11. eadem ratio a Donello nostro redditur cur mandata jurisdictio mandari alteri nequeat. Quin imo quæ personæ cohærent, ut ususfructus, vendi ita possunt et transferri ratione commoditatis, ut ad vitam concedentis consistat alienatio, vid. *supra Lib.* 10. *C.* 8. *N.* 7. Denique non uti ususfructus est fructuarii, ita et jurisdictio magistratus. Quæ propria plane alio sensu dicitur, quam res quæ in dominio, vid. *C. præced. N.* 3. Et quocunque sensu propria dicatur, non est ex. gr. Titii Prætoris, ut Titii, sed ut prætoris. Quod conspicuum est in magistratibus temporalibus ratione personarum, quæ illis funguntur, perpetuis vero ratione officiorum. Nam si annuus magistratus, ut Romanis plerique, non ideo jurisdictionis magistratui competentis proprietas annua, sed perpetua verum officio magis inhærens quam personæ.

Inst. de usufr. §. 1. et seq. *Inst. de usu et hab.* Atqui hujus generis est magistratus et jurisdictio omnis magistratui attributa: quæ personæ cohærere ex eo intelligere possumus, quod et in magistratu eligatur prudentia, æquitas, virtus denique personæ; et jam effectum est, neminem magistratum a se abdicare posse.

III. Quod cum ita sit, diligenter videndum est, quid sit hoc mandare jurisdictionem; quod solum hic permitti dicimus. Et mandare jurisdictionem eodem modo hic dicitur, quo mandare res cæteras. *L. et quia, D. de jurisd.* Ut ergo negotium nostrum alteri mandare, non est quidquam ad alium transferre, sed ei rem gerendam tractandamque committere, ut nihilominus res nostra maneat: *L.* 2. *tota*, et maxime in fin. *D. mand.* Sic mandare jurisdictionem est, jurisdictionem nostram alteri exercendam et exsequendam dare, ut juridictio quidem maneat [8] nostra nihilominus, usus tantum et exercitio in accipientem transferatur: ut cui mandatur jurisdictio sit is qui magistratus vicem obeat, substitutus quodammodo in magistratus locum: quem adeo vulgo [9] locumtenentem vocant. In quam sententiam illa sunt: eum qui mandatu alterius jus dicit, id est cui mandata est jurisdictio, alienam jurisdictionem exsequi. *L.* 3. *D. de off. ejus.* Et, eum qui mandatam jurisdictionem suscepit ejus, qui mandavit, jurisdictione uti. *L.* 1. §. 1. *D. eod.* Item, eum cui mandata jurisdictio est, fungi vice et partibus ejus qui mandavit, non suis. Sed quid interest, utrum ita mandes alicui jurisdictionem, an in eum transferas: cum ex hoc mandato nihilominus jurisdictionem habiturus sit is, cui mandata est? Plurimum interest. Nam qui mandavit, jurisdictionem suam [10] retinet; quam ideo et revocare potest cum vult. Sed et cum is qui mandatam suscepit, eam exercet, nihilominus qui mandavit jus dicere videtur. Nam si probat id quod facit legatus, ipse facere putandus est: gessisse enim videtur qui per alium gerit. *L.* 5. §. *gessisse*, *D. de admin. tut.* Si non probat, liberum est ei mutare et revocare mandatum. Nihil horum esset, si jurisdictio in alium transferatur. Nam qui transtulisset, nihil amplius haberet, quod revocaret. Unde nec posset videri per eum qui accepisset, jus dicere: cum non posset dici probare id jus quod ab accipiente diceretur, ubi id reddi prohibere etiam si vellet, non posset. Recte igitur placet, non posse quemquam jurisdictionem suam transferre ad alium quanvis propriam: at nihilominus mandare posse, cum inter utrumque tantum intersit.

IV. Sed mandari potest jurisdictio certis conditionibus. Non enim quivis mandare potest; nec cuivis; nec quæcunque sunt in jurisdictione: ut in potestate mandandæ jurisdictionis hæc etiam tria quærenda sint; quis mandare posset, cui, et quid mandare. Non quivis jurisdictionem quam habet, mandare potest. Nam cum duo genera sint eorum, qui habent jurisdictionem: unum eorum, qui propriam; alterum eorum, qui mandatam: hoc constat eum qui mandatam habet, quisquis is erit, de quo constabit postea, eam jurisdictionem alteri mandare non posse. *L. ult. D. de offic. ejus. L. more. D. de juris.* Quomodo enim [11] transferat, quod est alienum? neque enim plus juris quisquam ad alium transferre potest, quam ipse habet. *L. nemo plus, D.*

8) Ita Baro *ad L.* 13. *de Jurisd.* non magis jurisdictionem esse ejus, cui mandata est, quam actio quæ mandatur Procuratoris, et Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 4. et Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 12. Non jus et possessionem a se abdicare mandantem, sed administrationem et exercitationem conferre.

9) Unde Cæsar. *Lib.* 2. fiduciariam operam obtinere legatum; Hotom. 3. *Obs.* 4. Cassiodor. *Lib.* 8. *Variar. Vices agentium mos est, sic judicum voluntatibus obedire, ut suas non habeant dignitates, splendent mutuo lumine, nituntur viribus alienis, et quædam imago illis videtur veritatis, quæ proprii non habet jura fulgoris.* Differt tamen is qui vicem præsidis obtinere dicitur, de quo *Tit. C. de off. eius qui vic.* ab eo cui mandata est jurisdictio; quod ille ex præcepto principis vel præfecti prætorio provinciam administrat jure ordinario: qui, etsi non Præses aut Proconsul, Proconsulatum tamen obtinet *L.* 1. *de tut. dat.* vid. P. Fab. *ad L.* 70. *de R. I. pag.* 300. *et seqq.* Et jus dicit in eodem loco ac eodem tribunali, Covarruv. *pract. QQ. C.* 4. *n.* 8. Quem inter ordinarium ac delegatum veluti intermedium statuit Wesenb. *ad Tit. C. de pedan. iud. n.* 52. Sic Vicarium Episcopi jurisdictionem propriam habere tradunt per *C.* 2. *extra de off. vicar.* Coras. *de Offic. ecclesiast. p.* 2. *C.* 8 *n.* 3. Sc. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 9. (quem ordinarium et delegatum simul vocat, Menoch. 2. *Præsum.* 15.) si scilicet generaliter constitutus, non si ad unam vel alteram caussam vel in certo loco diœceseos, qui vicarius foraneus vel ruralis, ut post Maraut. *P.* 4. *Dist. iudic. C.* 5. *n.* 14. Camill. Plautius *ad Rub. de of. eius Lib.* 1. *C.* 11. *n.* 19. Paurmeist. *Lib.* 2. *C.* 7. *n.* 95. *et seq.* Sic Rex Romanorum perpetuus Imperii vicarius, cui Imperatore absente liberrima potestas, eademque ordinaria, vid. Thom. Michael *de Jurisd. imperiali Conclus.* 29. ubi duplices notat Principum vicarios. Sc. Gentil. *C.* 9. vicariorum tria genera constituit. (1) Qui vice principis judicant, ut Præfectus Prætorio. (2) Qui magistratuum aliorum vices ita gerunt, ut jurisdictionem tamen propriam habeant, et commune illis auditorium *tit. C. de of. eius qui vic. al.* qui ex constitutione principis eam accipiunt *L.* 1. §. 4. *de Leg.* 3. Et horum, ait, alii ordinarii, alii suffecti in locum absentium defunctorumve interim substitati. Unde Prorectorem Accademiæ jurisdictionem propriam habere sentit, *pag.* 218. (in quo aliud videtur Bocer. *C.* 7. *n.* 9. (3) denique quibus mandata est jurisdictio. Add. Marant. *ibid.* tres species locum tenentium constituens, *Specul. aur. P.* 4. *Distinct. Judic.* 5. *n.* 6. *et* 7.

10) Unde mandantem jus ipsum retinere patet. Quod si transferret nihil amplius haberet cujus vi revocaret, Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 15 *n.* 11. *et n.* 14. Et sententias quoque is, cui mandatum est, nomine magisiratus profert, Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 23.

11) Ita Govean. *ad L.* 5. *de iurisd. n.* 2. Quomodo quod tibi proprie non datum est, sed commissum tanquam vicario exercendum alii mandes. Nam nec usus alias in rebus alienis constitutus personam egredi potest, quippe in nudo facto positus. Ac pernitiosum Reipubli-

D. de reg. jur. Jam autem effectum est, eum cui mandata est jurisdictio, aliena jurisdictione uti, non sua, alienam exercere, non suam. *L.* 1. §. 1. *L.* 3. *D. de off. ejus.* Nisi quis dicat usum jurisdictionis illi datum: ac proinde hunc mandari posse. Sed hic usus cum in facto sit, personalis est; nihiloque magis personam ejus qui utitur, potest egredi, quam cæterarum rerum alienarum usus alicui constitutus, aut ea quæ in facto certæ personæ versantur. §. 1. §. *item is, Inst. de usu, et hab.* §. 1. *Inst. de stip. servor.* Soli sunt igitur, qui jurisdictionem suam mandare possint, quia eam habent propriam et suo jure, puta magistratus, et constat majores magistratus id potuisse, ut prætores Romæ, [12] proconsules, et præsides in provinciis. Prætori datum in *L. solet L. prætor, seq. D. de Jurisd.* Procunsuli in *L. legati, D. de off.proc.* Præsidi in *L.* 2. *L.* 4. *de off. ejus.* Sed an cæteri quoque potuerunt minores populi Romani magistratus, ut fuerunt Romæ ædiles, in provinciis juridici, procurator Cæsaris? Nam in *L. mora, D. de jurisd.* nihil amplius scriptum est, quam eum solum mandare posse jurisdictionem, qui eam suo jure habet, non alieno beneficio: fieri autem potest, ut soli hi mandare possint; neque tamen possint omnes. Et puto omnem magistratum, omnem denique qui jurisdictionem propriam et suo jure habet, eodem exemplo jurisdictionem suam jure Romano mandare posse. Nam superiores mandare posse dicuntur, qui mandant propriam. *d. L.* 4. *D. de off. ejus.* Ratio non patitur, ut in quibus mandandæ jurisdictionis eadem caussa est, non idem jus his quoque tribuatur. *L. illud D. ad leg. Aquil. L. in omnibus caussis id, D. de regul. jur.*

V. Sed nec cuivis potest mandari jurisdictio etiam ab eo, qui maxime propriam habeat et suo jure. In quo eadem est jurisdictionis mandandæ, quæ judicis dandi notio. Nam et qui judices dari possunt, potest [13] his jurisdictio utiliter mandari: et qui non possunt dari judices, his nec mandari jurisdictionem posse certum est. De priore tamen potest dubitari: plus est enim jus dicere, quam judicare: cum etiam si de re judicanda agatur, tamen jurisdictio de ea re conjuncta sit cum imperio; judicandi autem potestas non item, ut superiore capite ostendimus. Sed qui per se jure idoneus est, ut judicet, nihil vetat et huic potestatem adjici, ut quod recte judicarit, idem exsequatur, quod fit jurisdictione ei in eo judicio tributa, et ut nunc loquimur, mandata. De posteriore dubitari non potest. Nam qui judex etiam citra jurisdictionem dari non potest, eum palam est multo minus dari posse cum jurisdictione. Certi sunt autem, qui judices dari non possint, de quibus dicetur postea suo

cæ jurisdictionem ab alio ad alium in multa capita dispergi *L. ult. Rembub. fal. fo.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *L.* 16. *n.* 50. *et seq.* Sic nec res commodata alteri commodari potest Obrech. *C.* 10. *n.* 5. Bocer. *C.* 6. *n.* 30. Ac licet mandatam habens jurisdictionem fungatur vice mandantis: tamen id verum quatenus exsequitur mandatum *L.* 5. Mand. non vero exsequitur, si alii mandet, A. Fab. *ad L.* 5. *de jurisd.* Et quemadmodum mandata generali administratione, non omnia tamen potest Procurator quæ dominus; ita et mandata jurisdictione, Duar. *ad d. L.* 5. *et de Jurisd. C.* 7. Quin 40. differentias in quibus delegati potestas minor quam ordinarii recenset, Marauta *Specul. aur. P.* 4. *Dist. judic.* 5. Hinc regula DD. vulgata. Delegatum subdelegare non posse. Cujus septem exceptiones proferunt, quas recenset Pormeist. *Lib.* 1. *C.* 24. *n.* 20. Sed pleraque ex communi illo errore natæ, quo delegatio jurisdictionis, et datio judicis confundi solent. Sic delegatum Principis subdelagare posse tradunt, Gail. 1. *Obs.* 97. *n.* 8. Rosbach. *Process. Tit.* 2. *n.* 29. quia ordinario major sit. Quod ut indistincte non recipiendum sit vid. Bocer. *Cap.* 6. *n.* 31. Menoch. 2. *Præsum.* 21. P. Foller. *in Addit. ad Marant. Specul. aur. P.* 4. *Distinct. Judic.* 5. *n.* 27. Camill. Plautius *ad Rub. de off. ejus Lib.* 2. *Cap.* 8. Num idem in Commissario Cameræ imperialis, contentio est inter Gail. *d. Obs.* 97. *n.* 9. qui affirmat, et Myns. 3. *Obs.* 41. qui negat: quod notissimo usu probari testatur Treutler. *Vol.* 1. *Disp.* 3. *Th.* 2. *lit. C.* Sic delegatum ad universitatem caussarum excipiunt, quem subdelegare permittunt; aliquas tamen caussas, non omnes, Sich. *ad L.* 5. *C. de Judic. n.* 6. M. Steph. *d. Cap.* 16. *n.* 72. ubi alium delegatum, nec unum articulum caussæ subdelegare posse, post Fachin. 1. *Contr.* 46. et Vacon. 6. *Declar.* 84. *n.* 1. *et seqq.* Pluribus de subdelegatione, Rutger. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 3. *Cap.* 5. *et* 2. *seqq.*

12) De quorum jurisdictione consule Forcat. *Dial.* 61. Joach. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisd. Judæ Græc. Rom. C.* 12. Utriusque autem magistratus re ferme idem, appellatione diversus, cum Proconsules a Senatu mitterentur ad gubernandas provincias, Præsides a Principe, Vul. *ad L.* 3. *C. ubi Cap. stat. n.* 2. *et ad L. C.* 2. *ubi cau. fisc. n.* 2. licet differentias nonnullas agnoscat Cujac. 20. *Obs.* 37. Sub Imperatoribus enim provinciæ aliæ proconsulares, quæ a Senatu regendæ mandabantur, aliæ prætoriæ, quæ a populo: aliæ præsidiales quæ a Principe. Sed Proconsulares ac Prætoriæ in unam deinde formam redactæ, Joach. Steph. *d. C.* 12. *n.* 1. *et* 2.

13) Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 17. *n.* 14. Et vel magistratui alii mandari potest, ut a prætore urbano, Prætori peregrino. Liv. *Lib.* 24 nec tantum minori, sed etiam pari aut superiori, ut *infra h. C. N.* 59. Licet enim par in parem non habeat imperium, ne dum in majorem, volenti tamen et suscipienti sæpe mandatur, Matth. Steph. *d. C.* 17. *n.* 3. Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 13. Vel privato *L. ult.* §. 1. *h. t. L.* 32. §. *pen. C. de appell.* diss. Camill. Plautius *ad Rub. de off. ejus Lib.* 2. *Cap.* 2. ac ei quidem invito si jurisdictioni mandantis subsit, alias volenti nec detrectanti, Maranta *Specul. aur. P.* 4. *Distinct. judic.* 5. *n.* 50. Matth. Steph. *d. Cap.* 17. *n.* 8. Qui etsi forte par sit, vel inferior etiam honore litigantibus, æstimandus ta men ex persona delegantis, quam repræsentat, et tanquam illi honor ei ac obedientia debetur per *C. Sane quia* 11. *ea ex litteris* 29. *de of. deleg.* Rosbach. *Process. Tit.* 5. *n.* 8. *et seqq.* Jure tamen Canonum caussæ non facile committendæ nulla dignitate conspicuis *Cap. statutum* 11. *pr. de rescript. in* 6. Bocer. *Cap.* 6. *n.* 22. Quod probatur Scip. Gentil. *d. Cap.* 13. *p.* 240. et Matth. Steph. *d. Cap.* 17. *n.* 6. quia ex auctoritate jurisdictionis hoc est ne privatis sit jurisdictio, cum insignibus magistratus, quorum magna vis et reverentia, uti non possint. Nec tamen, si postea amissa dignitate privatus effectus delegatus, minus durat commissio, post Jas. *in L. si quis C. de inst. et subst.* Scip. Gentil. *d. Cap.* 13 *in fin.* Matth. Steph. *d. Cap.* 17. *n.* 11

suo ordine in judicibus dandis. Quare et de his hoc idem dictum putemus, iis jurisdictionem mandari non posse, ut quod huc pertineat illinc debeat assumi.

VI. Ne illa quidem, quæ sunt in jurisdictione et potestate magistratus, omnia mandari possunt: ut maxime quis dederit eum qui posset mandare, et eum cui recte mandari. In quo quæ sint, ex hac divisione Papiniani statuendum est. Quædam magistratui magistratus jure competunt; quædam ei specialiter tribuuntur. Extat divisio in *L.* 1. in princ. *D.* de off. ejus. *Quæ jure magistratus competunt, mandari possunt:* nisi quid ex eo genere specialiter jure exceptum sit. Definitio nominatim posita eodem loco a Papiniano sine exceptione: sed de exceptione postea ex suis locis constabit. Jure magistratus competere dicuntur ea quæ magistratui competunt eo ipso quod magistratus est, idest, si recte ante difinivimus magistratum, hoc ipso quod juri dicundo [14] præest. Ejus generis duo sunt; jurisdictio et imperium quod jurisdictioni cohæret, seu mistum. Hæc jure magistratus competere etsi ex fine atque officio magistratus superiore intelligi potest; tamen ne qua hic sit hæsitatio, sic recte colligitur. Nihil ex universa potestate magistratus mandari potest, nisi quod jure magistratus competit. *d. L.* 1. in princ. *d. de offic. ejus.* Atqui jurisdictio mandari potest, et mandata jurisdictione transit una imperium quod jurisdictioni cohæret. *L.* 1. in fin. *L. ult. D. de offic. ejus.* Nec præter hæc quidquam potest mandari. Sunt igitur hæc ejusmodi, et quidem sola, quæ jure magistratus competant. Quæ sint jurisdictionis, species hujus generis expositæ indicabunt.

VII. Jurisdictionem veteres duplicem faciunt, voluntariam, et contentiosam. *L.* 2. *D. de off. procur.* Licet mistam vel potius intermediam adjicere, quæ in dandis tutoribus et curatoribus versatur. Voluntaria jurisdictio ex re appellata, quæ excercetur in volentes, ut fit in adoptionibus, et manumissionibus servorum, cum hæc transiguntur auctoritate magistratus. *d. L.* 2. *L.* 3. *D. de off. proc.* Geruntur enim ista et similia inter volentes, quæ et volentibus a magistratu confirmantur. Atque huic locus est in iis, quæ geruntur [15] extra judicium magistratu auctore. Contentiosa item ex re, quæ exercetur in invitos et contendentes. Cui locus est in judiciis. Hæc enim sunt, quæ ut redduntur in invitos. *L. inter*, §. 1. *D. de verb. oblig.* Ita utriusque litigatoris contentionem et disce-

14) Quæ statim ubi quis in magistratum delectus est, ex natura officii habet, et quæ minime privatus habere potest ut merum imperium etc. ita Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 7. *et* 19. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 12. *n.* 29. Quæ hoc ipso quod jurisdictionem et imperium habet, seu quod magistratus est, idem *Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 21. propter quæ magistratus ab initio constitutus est. Constitutus vero est ut jus diceret *L.* 2. §. 13. *et* §. 26. *de O. J.* Obrecht. *Cap.* 10. *n.* 2 quia quivis magistratus etiam minimus habet jurisdictionem suo jure, tacito intellectu, statim ubi est creatus; Bocer. *Cap.* 6. *n.* 7. Sed hæc non omnino placent. In effecta enim ferme coincidunt cum interpretatione Accursii et sequacium, quæ jure magistratus competant, quæ habent quivis magistratus etiam municipales. Nam cum et hi veri sint magistratus, si expositio illa genuina, necesse est hos ipsos omnia habere, quæ jure magistratus competunt, tanquam quæ magistratum constituant, sine quibus nec esse, nec dici possit. Cui consequens erit quæcumque magistratibus municipalibus denegata, ut pleraque misti imperii, nec mandata jurisdictione generali transire, nec, nisi certis casibus absentiæ etc. specialiter mandari posse. Quæ cum falsa sint, erit et illa expositio. Quare re penitus perpensa, cum et alias mandari dicantur quæ quis jure suo habet *L.* 5. *de Jurisdict.* et vi imperii sui *L.* 12. §. 1. *de judic.* jure magistratus competere statuo, non quæ exempli gratia, Prætor, Proconsul, Præses habent eo ipso et generaliter, quod magistratus sunt. Sic quippe intelligerentur ea quæ quisque magistratus habet, seu quæ cuivis etiam infimo municipali communia. Sed quæ in specie hujus vel illius officii sunt propria. Quæ Prætor habet eo ipso, quod Prætor est, Consul eo ipso quod Consul est, Præses eo ipso, quod Præses est etc. Ut ita hæc non in thesi una regula omnino includi possint, sed ex hypothesibus varient. Sic enim alia omnino sunt, quæ jure magistratus competunt Prætori Urbano, Notio et potestas inter cives Romanos utrinque: alia quæ Prætori peregrino, Notio et potestas inter peregrinos utrinque, vel cives et peregrinos: alia quæ Procuratori Cæsaris jus cognoscenti de caussis fiscalibus: alia quæ Proconsuli. Jure itaque magistratus: non ob quæ magistratus ab initio constitutus generatim: Sed propter quæ quisque magistratus initio creatus, quæ illius officio tributa, seu quibus munus illius, lege ea qua primitus constitutus est confer. Bodin. 3. *de Rep.* 2. vel more majorum *L.* 12. §. 1. *de iudic.* definitum. Sicuti verbi gratia Prætor, ut privata judicet, judicarive jubeat, atque juris civilis custos sit, Cic. 3. *de Legib.* seu id adjuvet, suppleat, corrigat *L.* 7. §. 1. *de I. et I.* Illi igitur jure sui magistratus competit jurisdictio contentiosa, et ei cohærens mistum imperium, in caussis et inter personas quibus præest. Itemque mistum id imperium cui jurisdictio inest, quod (præter alia scilicet) in danda bonorum possessione *L.* 3. *de iurisdict.* In ejus namque datione potestas prætoria juris civilis corrigendi temperandique maxime elucet. Ant. Fab. 4. *Coniect.* 3. Henr. Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. At merum imperium, si cui prætori datum est, itemque tutoris datio, ac omnia quæ voluntariæ jurisdictionis, jure magistratus ab illo non habentur, quia nec ea semper nec ab initio habuit, nec necessitate sui officii habet; cum etsi illi postea speciali legis beneficio concessa non essent, pleno nihilominus Præturæ munere fungi posset. Exempli gratia. Auctoritas in transactione alimentorum relictorum concedenda data Prætori oratione Divi Marci *L.* 8. *de Transact.* non competit illi ut prætori, quia ante Divum Marcum eam notionem non habuit, cum nec antea quæstio de hisce rebus incideret; Prætor tamen fuit. Nec ut D. Marcus Prætori aut Præsidi hoc non tribuisset, forte certo officio ad eas res destinato, quidquam illorum potestati, quam ante habuerunt, detraxisset, licet tributa prætori illa auctoritatis interponendæ facultate, nova accessione, et adventitia, ut Goveanus vocat; potestate plenius atque auctius ejusdem officium redditum: confer. *supra Cap. præced. N.* 1.

15) Extra judicium scilicet contentiosum, vid. *supra Cap.* 3. *N.* 2. Et hæc definita ab Obrecto *Cap.* 2. *n.* 2. legitur, notio civilium et criminalium caussarum quæ cum voluntate alicujus exercetur. Ubi non dubito verba *et criminalium* aliunde irrepsisse, nec actoris esse, tum ob absurdum intellectum quem gignunt, tum quia in eadem definitione ab illo omissa *Disput.* 7. *Th.* 109. Cæterum quod Donellus noster hanc jure magistratus competere sentit, id ut *N. Præced.* jam reprobavi, ita refellitur *N. seq.* Quin neque hæc, quod strictiori acceptione verbo jurisdictionis veniant, videtur, aut saltem prior ejus species: cum omnes LL. *tit. D. et C. de Jurisdict.* loquantur de contentiosa. Et in *Digestis* attingitur voluntaria potius, quam tractatur. Vult. *ad L.* 1. *C. de jurisdict. n.* 1. *et* 3. Et *L.* 10. *L.* 14. *L.* 16. *et seq.* etsi hæ duæ omnem item universam jurisdictionem nominent, item *L. ult. D. de Jurisdict.* ad voluntariam non spectant, ut de singulis, suis locis.

sceptationem habent de re controversa. Mistum, vel ut aptius dicam, intermedium genus jurisdictionis est, quod exercetur in invitos quidem; attamen sine judicii contentione: qualis est in tutoris datione: ubi et invitis dantur tutores: *L. necnon, D. de tut. et cur. dat.* et dantur inviti: quia tutela publicum munus est, quod sine justa excusatione detrectari non potest. *Inst de excus. tut.* in prin. *L.* 1. in prin. et §. 1. *D. de adm. tutor.* Sine judicio tamen: eamdem ergo in curatoribus dandis licet agnoscere, ubi eodem modo inviti dantur curatores, etsi non invitis. *d. tit. de excus. tut.* in prin. §. *item inviti*, *Inst. de curat.*

VIII. Voluntaria jurisdictio posita, ut dixi, in iis quæ extra iudicium geruntur magistratu auctore, necessaria est privatis, quam ob caussam et ab his adhiberi solet, in iis quæ ut facta rata sint, magistratus auctoritatem et comprobationem jure desiderant: alioqui nullius momenti futura. Quorum duo sunt genera.

IX. Quædam solum auctoritatem et approbationem magistratus desiderant: quædam permissum caussa cognita, et uno verbo decretum magistratus. Auctoritatem solam magistratus [16] desiderant quatuor: solam quidem, quia hanc accommodat prætor petentibus sine alia caussæ cognitione: auctoritatem tamen, sine qua irritum sit, quod geritur. Hæc, inquam, quatuor; adoptio, manumissio, emancipatio, bonorum possessionis [17] agnitio. Adoptionem magistratus auctoritate fieri constat. *L.* 2. *D. de adopt. Instit. eo.* in pr. Manumittebantur et olim servi apud prætorem, et quidem sine alia cognitione: præter quam cum a minore viginti annis domino servus manumittebatur, quod fiebat, qua in specie caussam manumittendi approbare consilio oportuit; eoque species ad permissum magistratus pertinet, de quo mox. Et nunc etiam, non olim tantum apud magistratum liberi emancipantur. §. *præterea, Inst. quib. mod. jus patr. pot. sol.* Unde et hæc tria eodem in loco voluntariæ jurisdictioni subjici legimus. *d. L.* 2. *D. de offic. procons.* Agnitione quoque bonorum possessio acquiritur; sed apud prætorem olim, dum is agnoscentem petentemque se ad bonorum possessionem admitti, prætor admittebat: in quæ verba conceptus est ille Titulus. *C. qui admitti ad bonorum possessionem possint.* Id faciebat prætor, cum se dicebat petenti et agnoscenti bonorum possessionem dare. Hinc dare bonorum possessionem dictum pertinere ad officium jus dicentis, idest esse jurisdictionis. *L.* 1. *D. de jurisd.* Quod quidem ad hoc genus jurisdictionis voluntariæ pertinere manifestum est: cum ipsa agnitio bonorum posses-

16) Quæ de plano transigi possunt, Scipio Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 20. Et hæc minimum in se potestatis habent ac consilium solum præbent, ut Snerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. *p.* 20. *et seqq.* Solius etenim solemnitatis ac auctoritatis gratia hic jurisdictio interponitur, nec ullius præjudicium in hisce negociis vertitur, cum fraudari utique nequeant qui consentiunt. Unde probare nequeo, quod Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 6. ideo non competere cuivis voluntariam jurisdictionem cui contentiosa, quia hic magna res versetur, caussa status, quæ majores judices requirat. Immo nullus hic periculi metus cautionem majorem exigit. Ac ut ipse Gentilis *Lib.* 1. *C.* 34 hæc tota constat et conficiuntur solemnitatibus juris, vel legis, ideoque usu juris legis actiones vocantur, cum in litium actionibus minimum sit a lege, pleraque a jurisdictione. Hinc apud magistratus dicitur esse legis actio *L.* 4. *de adopt. L.* 3. *de off. procons. L.* 1. *de off. jurisdict.* apud quos hæ solemnitates peragi poterant, quia legis auctoritas necessaria videtur in his actibus ad eorum effectum. Cum enim manumissione novus quasi civis Reipublicæ nascatur: adoptione filius, qui natura non est, jure fiat: emancipatione filius, qui natura est, jure esse desinat: ut hæc sola nudaque privatorum voluntate transigerentur priscis inconveniens visum est. Quare certis magistratibus specialiter data est legis actio, qui actus istos apud se peragi patiendo auctoritatemque accommodando legis vicem supplerent, *d. L.* 1. *de off. jurisdict. L.* 21. *de mand. vind.* Unde apparet hæc illos non jure magistratus sui habuisse, sed speciali concessione, Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 17. *in fin.* Bocer. *Cap.* 1. *n.* 16. nec tam datam et propriam redditam quam a lege mandatam aut delegatam. Quia nec præfectus Ægipti, cui summum imperium fuit, quique principis locum obtinebat, teste Tacito, vi sui imperii eas habuit *d. L.* 21. Equidem verbi *lege agere* significatio etiam judicialem persecutionem et actionum institutionem complectitur, ut ex Cic. 1. *de Orat. et pro Cæcina et* 3. *Verrina* Valer. *Lib.* 7. *Cap.* 7. Agell. 20. *Noct.* 9. *et L.* 2. §. 6. *de O. I.* probat Briss. 4. *Antiq.* 20. Eoque modo etiam contentiosa legis actio Forcat. *Dial.* 83. *n.* 2. Perrenon. 1. *Animadv. et Var. Lect.* 8. add. Ræv. *de Auct. Prud. Cap.* 2. Pollet. 3 *Hist. fori* 2. Male vero qui actus legitimos cum legis actionibus confundunt, in quibus et Anton. Fab. 1. *Jurispr. Tit.* 6. *princ.* 7. *Illat.* 14. qui tamen secum pugnat *Tit.* 10. *Ill.* 2. Qui quomodo differant, nove Lycklama 4. *Membran.* 14. Male idem Faber *d. Princ.* 4. *Ill.* 2. Manumissionem ab adoptione separat, quod illa actus hominis sit non legis, quia non lex, ait, artifex est libertatis, sed ex jure gentium est. Quod repugnat *d. L.* 2. *et* 3. *de off. procons.* 2. Sent. Pauli 25. §. 4. Datur aliquando hæc legis actio, et municipalibus, Paul. *d.* §. 4. *L. ult. C. de vind. lib.* qui eam regulariter non habent, nec proprio jure, sed ex delegatione, ut recte Rob. 1. *Animadv.* 21. etsi Cujac. 1. *Notar. Mercatoris* 21. Lege dari illam, non mandari, qui tamen ibidem beneficio legis competere eam, non suo jure. Et lege quoque municipii, *L.* 1. *C. de Emancipat.* quæ vel ipsis data a principe vel ab iis constituta confirmata, Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 6. *p.* 205. ubi duumviros illam habuisse contendit, *d. L.* 1. non vero defensores civitatis, quia de his nulla mentio.

17) Edictalis scilicet, non decretalis quæ ad sequentem speciem pertinet, vid. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 21. *et seq.* Est sane hæc datio misti imperii *L.* 3. *h. t.* vid. *supra C.* 6. *N.* 17. Sed ejusdem, opinor, omnia quæcunque jurisdictionis voluntariæ, quia in omnibus imperium et auctoritas eminet: atque cognitio potius, si quæ necessaria, suscipitur propter imperium, non vero imperium propter cognitionem. Nec distinguo inter dationem bonorum possessionis solemnem et agnitionem bonorum possessionis in locum illius suffectam, ut Treutler. *Vol.* 1. *Disput.* 3. *Th.* 4. *lit. B.* Cæterum recensitis annumerant DD. vulgo insinuationes testamentorum ac donationum, quibus accedit Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 13. *n.* 20. *et seq.* Discedit vero rectius Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 20. Quia nulla hic auctoritas et imperium versatur, non magis quam in oblatione pecuniæ in judicio facta. Aperteque hæc separantur ab iis quæ jurisdictionis sunt, *Nov.* 15. *Cap.* 3. *in fin. princ.* Quin insinuationes illas coram quocunque judice, etiam non superiore, fieri posse plures statuunt, quos refert idem Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 33. *n.* 50. etsi contra Vaud. 1. *Q.* 11. Coler. *de Process. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 9. *per L.* 30. *L.* 32. *C. de Donat.*

sessionis statim datione prætoris, idest auctoritate ad eam rem comparata confirmaretur. Sed eo magis hodie huc pertinet, quod hodie ista datione magistratus in agnoscenda bonorum possessione opus non est, sed sufficit apud quemlibet magistratum agnoscere. *L. ult. C. qui adm. ad bon. pos.* Recte vero dicitur magistratus in his quatuor jus dicere, cum istam auctoritatem qua nobis ad eas res opus est, interponit, meritoque tota hæc auctoritas et approbatio magistratus dicitur esse jurisdictionis: quoniam cum præsentia sua et verbis ista probat magistratus, dicit hæc ita jure facere licere; quod nihil aliud est, quam dicere quod jus est. In quo simul petentibus hoc ipsum jus reddit, dum ista probat, et rata habet, ut eum facere jus jubet.

X. Permissum magistratus [18] caussa cognita, seu magistratus decretum tria desiderant; transactio de alimentis testamento relictis: prædiorum minoris alienatio, manumissio servi quem dominus minor viginti annis, aut ut nunc, decem et septem annis minor, manumittit. Transigere de alimentis futuris testamento relictis non licet, nisi auctore prætore et caussa cognita transactionem promittente. *L. cum hi*, in pr. §. *vult igitur D. de trans. D. de alimentis C. eod.* Nec prædia minorum aliter alienari possunt, quam si prætor ex caussa fieri debere cognoverit, et re cognita permiserit. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* eamdem caussæ cognitionem et prætoris permissum desiderat servi manumissio, quem dominus minor manumittat: de quo scriptum est in §. *eadem*, et §. *ult. Inst. quib. ex caus. manu. non. lic.* et hæc cum permittet magistratus, jus dicere dicitur, estque omnis cognitio et permissus jurisdictionis: sic vocatur in *L. cum hi*, §. *si prætor*, in fin. *D. de trans. L. 1. D. de offic. ejus.* Et recte idque multo certiore oratione, quam cum interponitur sola auctoritas in specie superiore. Nam in istis tribus non solum id dicit magistratus quod jus est, dum ea jure fieri licere pronuntiat, sed etiam adhibet caussæ cognitionem; quæ propius ad jurisdictionem accedit: cum quod fit caussa cognita fiat certo judicio; judicare autem ita dictum sit auctore Varrone quasi jus dicere. Quod si in his permittendis jurisdictio inest, satis per se intelligitur, ut in volentes est, ita esse voluntariam.

XI. Contentiosa jurisdictio, cui in judiciis locum esse diximus, versatur in judiciis pecuniariis et civilibus, non in criminibus coercendis: quorum exsecutio imperii mera esse dicitur, non jurisdictionis, pertinetque ad posterius genus a nobis propositum, in quo inesse ea diximus, quæ specialiter tribuuntur. Ad hanc ergo jurisdictionem pertinent actiones omnes, quæque verbo actionis continentur, qualia commemorantur in *L. actionis*, *D. de obl. et act.* sed et quæ actionis instar habere *ibidem* dicuntur, prætoriæ stipulationes; ut damni infecti, legatorum servandorum caussa, et similes: quo ex genere solet prætor petentibus iis ad quos eas res pertinet jubere adversarium cavere; et nisi caveatur, actorem in possessionem bonorum ejus unde petitur mittere. Unde et hoc jubere caveri prætoria stipulatione, et in possessionem mittere dicitur esse jurisdictionis in *L. jubere*, *D. de jurisd.* Nam quod illic scriptum est id imperii magis esse, quam jurisdictionis, hoc ipso jurisdictionis esse confirmat, etsi in eo plus imperii esse videtur. Et est sane in eo jurisdictio contentiosa, qualis esse solet in judiciis exercendis. Nam et in persecutione harum stipulationum inest actio: proinde et judicium; quoniam omnis actio nihil est, nisi jus persequendi judicio. *L. nihil*, *D. de obligat. et act. Inst. de act.* in pr.

XII. Ad eamdem jurisdictionem referri debent, quæcunque judicii sunt, et quæ ad judicium exercendum pertinent. Ideo et judices dare quos rei cognoscendæ, et judicio exercendo dari constat. Unde et hoc judices dare dicitur pertinere ad officium jus dicentis, in *L. 1. D. de jurisd.* et eodem sensu judicis dandi licentia esse jurisdictio. *L. 3. D. eod.*

XIII. Mistam seu potius intermediam [19] juris-

18) Ita et Sc. Gentil. *Lib. 1. Cap.* 19. qui et *C.* 18. reprehendit Cujacium in *Nov.* 95. differentiam hanc contentiosæ et voluntariæ tradentem, quod illa tribunal exigat: hæc de plano exerceri possit. Videtur autem Cujacius voluntariam jurisdictionem ad illos tantum actus prioris speciei restringere. Verum transactiones alimentorum ad eandem pertinere probat Gentilis ex *d. L.* 8. *pr.* verbis: *inter consentientes arbitrari.* Enimvero prior illa magis voluntaria videtur, ubi nuda voluntas adeuntium sufficit ad impetrandam auctoritatem magistratus, semperque quod petunt obtinent. Vid. Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 5. *Princip.* 4. In hisce vero etsi nulla lis sit inter duos actorem et reum, tamen caussæ cognitio arguit veluti quandam contentionem, aut saltem quæstionem dubiam expediendam, an nimirum quod petitur, fieri oporteat vel expediat.

19) Sed hanc reprobant Sc. Gentil. *Lib. 1. Cap.* 18. Matth. Steph. *Lib. 1. Cap.* 13. *n.* 2. *et* 3. uti et mediam, quam statuit Hopper. *Lib. 3. de Jur. Art. Cap.* 5.

risdictionem versari diximus in tutoris datione. Et si tutoris datio jurisdictionis, quod neque pendet ex voluntate eorum inter quos agitur, neque rursum judicii contentionem in se habet. Sed an est jurisdictionis? Negare enim videtur Ulpianus, cujus hæc verba sunt in *L. mutuo* §. *tutoris* D. de tut. *tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps.* Verum idem in *L.* 1. *D. de jurisd.* ad officium jus dicentis refert, pupillis non habentibus tutores constituere, et quidem similiter, ut dare bonorum possessionem, ut judices litigantibus dare. Quæ ad officium jus dicentis pertinent, eo pertinent, quia in his jus dicitur. Ergo et in tutoribus dandis hoc sentit jus dici, seu jurisdictionem inesse. Sed et hoc comparat cum potestate dandæ bonorum possessionis, et dandorum judicum. Atqui constat hæc duo esse jurisdictionis. Erit igitur, et illud, tutores pupillis constituere. Quidni vero et hic prætor jus dicere intelligatur, cum dat tutorem? Nam et hoc modo petentibus jus reddit, dum pro eo ac leges jubent, dat pupillo eum, a quo pupillus regatur: et tutori ipsi quem constituit, denuntiat ita jus esse, ut constitutus tutelam gerere debeat. Quid est ergo, quod alibi idem Ulpianus scribit, tutoris dationem neque imperii esse, neque jurisdictionis? Hoc voluit non esse imperii, aut jurisdictionis ad hoc, ut propter imperium, aut jurisdictionem, quam quis habet, tutore dare posse intelligatur. Et ita est: si quis dare potest, non ob eam caussam potest, quia priora illa aut alterum eorum habeat. Argumento est, quod et pater homo privatus tutores liberis suis testamento dare potest. §. *permissum*, *Inst. de tut.* In quo jurisdictionem aut imperium inesse nemo dixerit. Sed solus is potest dare, inquit Ulpianus, cui lex nominatim hoc dedit. Intelligamus jam igitur ista Ulpiani hoc modo conciliari. Nondum concessa cuiquam nominatim potestate constituendi tutores, non est hæc potestas jurisdictionis, aut imperii, ut propter jurisdictionem aut imperium, quod quis habet etiam jus dandi tutores sequatur. At semel hac potestate magistratui alicui data, ut possit tutores dare, non est quod dubitemus in eo qui pro potestate magistratus id faciat, potestatem hanc esse [20] jurisdictionis, postquam tutores dando ita jus dicat, reddatque petentibus, ut ante exposuimus. Nam et merum imperium, quod ab initio nullo modo fuit jurisdictionis; de quo paulo post, postquam prætori et præsidibus attributum est, cœpit ad jurisdictionem magistratus pertinere: unde et eo mandato dicitur jurisdictio mandari in *L.* 1. in princip. *D. de offic. ejus.*

XIV. Inest ergo in his omnibus a magistratu exercendi jurisdictio. Atque ut jurisdictio, ita et imperium jurisdictioni [21] adjunctum, quod mistum appellamus. Res inter se ita conjunctæ, ut sine altera esse non possit. Unde ut imperium jurisdictioni inesse, jurisdictioni cohærere dicitur. *L.* 1. in fin. *D. de offic. ejus.* ita et vice versa jurisdictio [22] inesse imperio. *L.* 3. *D. de juresdict.* Quæ summam harum rerum conjunctionem, et velut misturam declarant. Sed quia jurisdictio na-

20) Pac. 5. *Q.* 69. respondet ad *d. L.* 1. officium jusdicendi latius patere, et multa ad id pertinere, quæ jurisdictionis non sunt, ut *L.* 6. §. *ult. L.* 7. *de offic. Procons. L.* 15. *de off. præs.*

21) At Accursianis plerisque persuasum est caussas misti imperii delegari non posse. P. Greg. 47. *Synt.* 22. *n.* 8. Quos satis refellunt Obrecht. *Cap.* 10. *n.* 12. *et seq.* Muscorn. *n.* 172. *et seqq.* Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 24. *et seq.* Bocer. *Cap.* 6. *n.* 11. *et seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 85. *et seqq.* Bronch. 1. *Ass.* 18. omnia misti imperii mandari posse Duarenus *hoc titulo Cap.* 7. *et ad L.* 5. *hoc tit.* et Bocer. *d. lo.* mandari posse utrumque imperium, tum quod cohæret, tum cui inest jurisdictio. Intellige tamen ita, modo jure magistratus competat.

22) Hæc igitur pro iisdem habet noster, ut et Ant. Fab. 4. *Conject.* 3. commentitiam duplicis imperii misti distinctionem appellans. Sed rectissime, opinor, docent Menoch. *Arb. Q.* 74. *n.* 20. *et seq.* Bocer. *C.* 4. *n.* 18. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Ducum Sax. Cap.* 5. *n.* 51. *et seqq.* aliud esse mistum imperium quod jurisdictioni cohæret *L.* 1. §. 1. *de off. eius.* quod videlicet in exsequenda cognitione positum, et non merum vocatur *L. ult. de off. eius.* Ubi jurisdictio primaria ac imperium non principaliter, nec propter se, sed caussa jurisdictionis explicandæ ac ad effectum perducendæ exercetur, litique motæ subservit. Aliud cui jurisdictio inest *L.* 3. *h. t.* (supine loquuntur Menochius et Knichius dum dicunt quod jurisdictioni inest. Nusquam enim dicitur jurisdictioni inesse, in quo et errat hic Donellus noster. Et si quod inesset jurisdictioni, non diversum foret ab eo quod illi cohærere dicitur.) Ubi imperium eminet, ipsique ceu principali jurisdictio tanquam accessorium inest, ac per se potestas imperii exercetur, quod consistit in danda bonorum possessione, jubendo caveri, mittendo in possessionem, restituendo in integrum etc. *L.* 3. *et* 4. *h. t. L.* 26. *ad Municip.* Conveniunt in effectu Baro *in L. ult. de off. eius*, qui mistum imperium aliud esse absolute (intellige cui jurisdictio inest,) aliud jurisdictionis subsidium magis, quod et vel minimis magistratibus, id est, duumviris, competit. Et Muscorn. *de Iurisdict. n.* 143. Si plus imperii fit, mistum imperium esse docens, cui jurisdictio inest. Sin plus jurisdictionis, mistam jurisdictionem, cui imperium cohæret. Illud majorum magistratum. Hoc etiam minorum, uti sunt municipales, Bocer. *d. Cap.* 4. n. 33. (vid. *supra Cap. præced. N.* 17.) ubi duos hos gradus misti imperii statuit, reprobatis *n.* 20. *et seqq.* 6. gradibus Bartoli et DD. vulgo, de quibus et Muscorn. *n.* 152. *et seqq.* Obrecht. *Cap.* 12 *n.* 25. *et seqq. et Disput.* 7. *n.* 268. *et seqq.* Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 20. *et seqq.* Aliter Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 9. *n.* 8. *et* 9. mistum imperium *d. L.* 3. et non merum *L. ult. de off. eius*, distinguens, ut illud velit partem esse jurisdictionis in explicanda et exsequenda notione. Cujus duo membra constituit: Explicativum et executivum, et quæ pertineant ad utrumque. *Lib.* 1. *Cap.* 27. *n.* 38. *et seq.* Hoc vero, merum nempe, jurisdictioni cohærens, partem jurisdictionis, quæ in leviorum delictorum coercitione, unde dicatur modica coercitio. Non vero quis absurdi arguat quod im-

natura prior est, quam imperio adjuncto confirmari oportet, ideo magis imperium jurisdictioni accedere, eique cohærere, et misceri videtur. Qua ratione mistum hoc imperium dicitur, non item [23] mista jurisdictio *d. L.* 3. *D. de jurisd.* quanquam mistam jurisdictionem dici nihil vetaret: sed docendi caussa obiter usus obtinuit. Inest ergo, ut dixi, universa jurisdictione superiore imperium adjunctum cohærens, mistum jurisdictioni. Id ita esse certo statuemus, si cognita vi verbi, hanc ipsam in superioribus generibus jurisdictionis omnibus inesse reperiemus. Didicimus imperium dici in iis qui pro potestate jubere quid possunt: et potestatem eo demonstrari, si quis quod imperat, ratum dare possit. Hoc sensu et nostri in jurisdictione et potestate magistratus imperium appellant. Est igitur nostri hoc imperium [24] jubendi imperandive potestas efficiendique ut ratum si quod jusseris. Hoc genus imperii omni parti jurisdictionis adjunctum et admissum esse, ex supra scriptis generibus cognoscamus. Quæ auctoritatem solam magistratus desiderant, in his hanc ipsam auctoritatis interpositionem jurisdictionem habere diximus, licet voluntariam, et cum magistratus interponit, ibi etiam illum jus dicere: cujus generis sunt adoptio, manumissio, emancipatio. *L.* 2. *de offic. procons.* Inest et in hac auctoritate interponenda magistratus imperium, quod dixi. Ut enim magistratus ea probans; dicit hæc facere jus esse, quod est jurisdictionis: ita simul pro potestate atque auctoritate sibi tributa rata ea esse jubet; atque adeo rata habentur. Hoc autem imperii. Licet idem agnoscere in iis, quæ decretum magistratus requirunt, ut transactione de alimentis, prædiorum minoris alienatione, manumissione servi, quem minor manumittit vindicta. Nam et hæc cum magistratus permittit caussa cognita, maxime præstat utrumque illud superius, dum et ea facere jus esse dicit, et simul cum facta erunt, rata esse jubet, atque etiam efficit: quorum prius jurisdictionis est, posterius imperii. In contentiosa jurisdictione, quæ posita est in judiciis, et iis quæ judicii instar obtinent, satis supra a nobis demonstratum est nullam esse hanc jurisdictionem sine modica coercitione, seu sine exsequendi jussus et sententiæ potestate. Hanc autem potestatem dici imperium quod non est merum, idest, mistum: sic enim loquitur Paulus in *L. ultim, D. de offic. ejus.* et interpretatur Ulpianus in. *L.* 3. *de jurisdict.* Quod si in superioribus generibus ea vis et potestas, qua fit, ut quæ illic jubentur, rata sint, imperium est: necesse est et in tutoris datione misto genere jurisdictionis idem imperium intelligi; cum ita jubeatur quis esse tutor a magistratu, ut simul jure fiat tutor, et si cesset postea tutelam gerere, cessit periculo suo. *L.* 1. *D. de adm. tut.*

XV. Ex his perspici potest neque jurisdictionem esse imperium, neque imperium esse jurisdictionem, adeo ut nominibus distincta sunt a veteribus, ita et re inter se diversa esse. Neque enim natura eadem esse possunt, quod continet, et quod continetur; quod cohæret, et id cui adjungitur. At talia sunt veteribus, jurisdictio, et imperium. Jurisdictio continet imperium; vel jurisdictioni imperium adjungitur, et cohæret: aut contra dicitur jurisdictio inesse et contineri imperio. *L.* 1. in fin. *L. ultim. D. de off. L.* 3. *D. de jurisd.* Non ergo possunt hæc esse eadem. Sed et illud constat, aliud esse quod exsequimur, aliud ejus rei executionem, vel ejus exequendæ potestatem. Atqui jus quod diximus est id quod exsequimur: imperium autem exsequendi potestas, ut appareat omnibus modis hæc [25] re ipsa inter se distare. Sed ut re distincta sunt: ita ex superioribus quoque intelligi potest, ita esse hæc duo inter se conjuncta, ut superari non possint. Jam enim dixi neque jurisdictionem esse sine impe-

perium illud, cui jurisdictio inesse dicitur, partem jurisdictionis, tanquam continens, possit esse pars contenti, jurisdictionem in verbis illis accipit pro nuda notione, quod reprobavi *supra Cap.* 6. *N.* 15. Et si modica coercitio est animadversio leviorum criminum, quomodo sine ea nulla, id est inanis, dicitur jurisdictio *d. L. ult.* Quæ verba plane evincunt coercitionem judicatum facere recusantium, seu quæ in exsequendo judicato, denotari.

23) Aliter Obrecht. Quia ut in mistura utilis et honesti eminet honestum, ita in jurisdictionis et imperii mistura imperium, *d. jurisdict. Cap.* 3. *n.* 22. *et Disput.* 7. *Th.* 202. Quæ ratio imperio, cui jurisdictio, inest, soli convenit. Quanquam nec alterum mistum vocari legamus, sed non merum *L. ult. de off. eius*, et Muscorn. vocat mistam jurisdictionem, vid. *supra N.* 22. Aliter Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 5. Mistum imperium dici, quia est aliquod merum. Mista jurisdictio non item, quia nulla mera. Civilium caussarum cognitio speciale habet nomen jurisdictionis. Criminaliam cum non haberet: merum imperium dictum, cui mistum opponitur.

24) Vide, et si lubet huc transfer *not. supra Cap.* 6. *N.* 9.

25) Baro *in L. ult. de off. ejus*, mistum imperium a jurisdictione separari intellectu magis quam re. Et Obrecht *Cap.* 12. *n.* 23. intellectu tantum secerni. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 3. si res consideremus, ait, et materiam, nihil differunt. Quæ enim caussa jurisdictionis eadem et imperii misti. Sin vim et natura cujusque, differunt, quod jurisdictio jus cognoscendi et statuendi, imperium potestas tuendi et exsequendi. Qui et in *L.* 3. *h. t.* duos tantum terminos esse, non tres, quod imperium mistum ac jurisdictio vere diversa non sint, statuit cum Cujac. 21. *Obs.* 30. vid. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 2. 3. 4. *et* 24. Verum Ant. Fab. 4. *Coniect.* 3. *et ad L.* 1. *h. tit.* Qui hæc confun-

perio, neque imperium mistum sine jurisdictione. Quod quidem necesse fuit ita constitui. Frustra enim quisquam dicat jus, id quod jus est, nisi pro potestate id faciat: neque potest hæc potestas intelligi, nisi ratum efficiat quod dixerit. Atque hanc potestatem imperium vocamus. Eo necessario quodam vinculo sunt hæc inter se conjuncta, jurisdictio et imperium. Unde rursum factum est, ut unius verbo in usu juris alterum intelligatur. Nam et mandata jurisdictione dicitur [26] mandari imperium. *L.* 1. in fin. *L. ultim. D. de offic. ejus.* Et mandato imperio iurisdictio mandata. *L.* 3. *D. de jurisdict.* Sed et Papinianus in *L.* 1. in princip. *de offic. ejus.* dixit præsidem mandare jurisdictionem, cum intelligeret eum, qui mandaret judicii publici exercitionêm, id est merum imperium. Non hæc, inquam, utique quia imperium sit jurisdictio, aut jurisdictio imperium: sed quia ut sunt hæc conjuncta, necesse est uno posito statui et alterum.

XVI. Quæ cum ita sint, apparet quæcunque sunt ex superioribus, quæ magistratus pro potestate facit, omnia esse [27] et jurisdictionis, et imperii. Nec quidquam mutat, quod quædam ex his dicuntur esse magis jurisdictionis, quam imperii: quædam imperii magis, quam jurisdictionis. *L.* 4. *D. de jurisdict.* Nam vel hoc ipso maxime declaratur utrumque esse et imperii et jurisdictionis, etsi in quibusdam [28] unum magis eminet, in aliis minus. Sic autem dicuntur quædam esse, non quod ad mandandam jurisdictionem quidquam intersit, cum mandata jurisdictione aut pariter omnia transeant, aut pariter non transeant: sed quia ita jus est de magistratibus municipalibus, ut hi ea facere non possint, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis. *L. ea quæ, D. ad municip.* Un-

dunt, nihil in hoc tractatu intelligere posse. Planeque tenendum est, non tantum re ipsa hæc differre, quod et Donellus noster vult, et probant Suerin *Rep. Lect. C.* 6. et Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 55. *et seqq.* Nam quod rei inest vel cohæret, aliud ab eo cui inest vel cohæret. Sic pacta insunt contractibus, accidentia substantiis, servitutes prædiis. Sic anima et corpus in vivente conjuncta. Aquæ haustu concesso etiam iter una venit, et ex eadem ratione, qua imperium transit cum jurisdictione, quia scilicet sine hoc ille inanis. Nec propterea idem et unum. Quod si non differrent hæc, nec diceretur in *L.* 6. §. 2. *de tutel.* tutelæ datio nec imperii nec jurisdictionis esse, sed alterutrum posuisse sufficeret. Quin si quædam magis imperii, *L.* 4. *h. tit.* etsi largiremur *magis* ibi notam comparationis esse, adhuc distinctio appareret, cum ejusdem ad idem comparatio institui nequeat. Enim vero ipsa substantia et forma hæc diversa. Et aliud est jus dicere; quod cognitionis: aliud imperare, quod jussionis, potestatis, coercitionis. Wesenb. *ad h. t. C. n.* 6. Bocer. *Cap.* 3. *n.* 21. Nec duo termini in *d. L.* 3. *hoc tit.* sed tres, Matth. Steph. *d. Cap.* 5. *n.* 55. Sed et actus utriusque diversi sunt, in quo noster diss. vid. *infra.* *N.* 27.

26) Generali vero mandato transit imperium mistum cohærens jurisdictioni, quia sine illo explicari nequit *L.* 2. *h. t.* non vero imperium, cui jurisdictio inest, quod cum principaliter consideretur, specialiter mandandum est *L.* 4. §. 1. *de off. eius*, nec ex generali mandato transit, nisi favor caussæ id suadeat *d. L.* 4. *pr.* Menoch. *Arb.* Q. 74. *n.* 21. add. Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. Principale enim accessorium secum trahit, non contra, vid. *supra N.* 22. Et convenit Baro *de Jurisdict. pag.* 5. docens alia jurisdictione universa mandata transferri, ut quæ ad jurisdictionem stricte sumptam, quæ in dijudicatione litium pertinent; alia non transire, sed nominatim mandari posse; alia nec generali mandato transire, nec speciali etc. Quanquam forte et distinguendum inter mandatam generalem jurisdictionem, et omnem seu universam, ut hæc plus aliquanto tribuat delegato, cum hæc verba totum jus dicentis officium complecti videantur, per *L.* 1. §. 4. *de susp. tut.* Ergo per *L.* 1. *h. t.* Enim vero etsi universa jurisdictione mandata totum officium juris dicendi transeat *d. L.* 1. §. 4. non tamen totum officium mandantis. Non equidrem id quod in jure dicendo non occupatum. Plures enim magistratus, quibus sane omnibus aliqua jurisdictio, sed non in illa totum officium consistit, vid. *Cap. præced. N.* 7.

27) Ita Cujac. 21. *Obs.* 30. nihil quidquam vindicari imperio misto, quod non debeat quoque vindicari jurisdictione, et contra Scip. Gentil *Lib.* 1. *Cap.* 2. *in fin.* et Obrecht. *Cap.* 2. *n.* 16. ac alii. Contra rectius docent, Vult. 1. *Iurispr.* 12. *n.* 4. Anton. Fab. 4. *Conject.* 3. Bocer. *Cap.* 2. n. 35. ceu Paradoxon illud reprobans. Nam coercere contumacem solius imperii est, non jurisdictionis. Cognoscere an sit contumax solius jurisdictionis: Jubere caveri, mittere in possessionem solius imperii, sed de eo cognoscere solius jurisdictionis. Et recte Treutler. *Vol.* 1. *Disput.* 3. *Th.* 3. *lit. B.* distincta esse imperium et jurisdionem ratione actuum diversorum, etsi non ratione personæ exercentis. Quamvis itaque nec imperium sine cognitione prævia exerceri possit, *L.* 1. *C. de exsec. rei iudic.* nec cognitionis sine potestate exsequendi ulla vis sit, utriusque tamen actus vere distincti ac diversi, et neque dum imperat magistratus, jus dicit speciali acceptione, neque dum cognoscit, ullo sensu imperat. Equidem quæ imperii sunt, jurisdictionis dici possunt *L.* 1. *de dam. inf.* junct. *L.* 4. *h. t.* latiori scilicet significatu Duar. *add. d. L.* 4. quatenus nempe jurisdictio genus imperii, vid. *Cap. præced. N.* 1. Quippe magistratus eo ipso quod decernit, imperat, jubet, jus dicit, etiam cum inique decernit *L. pen. de* 1. *et* 1. Non vero contra, quæ jurisdictionis in specie dictæ sunt, imperii æque dici possunt cum non item imperium genus sit jurisdictionis. Nec certe dum magistratus quæ illius jurisdictionis sunt expedit, caussam cognoscendo, testes audiendo, actionem, judicium dando etc. nullo modo imperat. Neque enim ullum in his actibus jussum vel mentis cogitatione assequi possum. Ex dictis apparere potest quid statuendum de jurisdictione simplici, quam alii specialem, alii meram et nudam vocant. Est nimirum omnino jurisdictio simplex ac nuda, si in se consideretur ac in abstracto, quomodo differt a notione nuda, quod illa jure magistratus et officii habetur, hæc ab alio, magistratus videlicet caussam delegante, accepta. Sed si in concreto, ut a magistratu habetur, nulla simplex, quia nullus omnino magistratus, qui omni imperio careat, cujus vi jurisdictionem suam ad effectum perducat. *L. ult. de off. eius L.* 2. *de iurisdict.* diss. Pellet. *Lib.* 3. *Histor. fori Cap.* 1. 2. *et* 4. Val. Guil. Forst. *Disput. Pandect.* 3. *Th.* 4. vid. *not. Cap. præced. N.* 17. Quanquam nihil prohibere nominatim simplicem jurisdictionem sine imperio, mandari, vult. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 4.

28) Ita plures verbum *magis* non θετικῶς positam esse, sed συγκριτικῶς comparative, non elective. Ac caussas alias graviores esse, in quibus magis elucet imperium, quæ nec omnibus magistratibus commissæ, alias in quibus magis appareat jurisdictio occultato quasi imperio, Vinc. Cabot. 2. *Disput.* 8. Goveau. *ad d. L.* 4. *n.* 1. *et* 2. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 3. *et Cap.* 24. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 5. *n.* 37. *et n.* 52. Obrecht. *Cap.* 12. *n.* 22. *et Disput.* 7. *Th.* 363. Bocer. *Cap.* 4. *n.* 19. Magis apparere jurisdictionem volunt Obrecht. *d. lo.* et Cabot. *d. Cap.* 8. ubi de plano cognoscitur vel voluntaria jurisdictio exercetur. Sed imo in voluntaria jurisdictione auctoritas magistratus magis, quam cognitio, quæ sæpe exigua conspicitur. Pejus Govean. *d. n.* 1. et 2. majorem potestatis vim eminere in his quæ sine caussæ cognitione constituit prætor, quæ magis pro imperio statuere videtur, quam ubi caussa cognita. Quasi vero cautio damni infecti, sine ulla caussæ cognitione interponi jubeatur, restitutioque in integrum concedatur, quod falsissimum. Idem *n.* 6. *et seqq.* Jurisdictionis partem aliam imperiosam magis esse, quæ et iniquum aliquando decernat, ut cum demoliri jubet prætor, jure forte extructum, in novi operis nunciatione. Aliam juridicam quæ semper quod æquum est caussa cognita statuat. Quas distinctiones inutiles, et Jurisconsultis indignas vocat Charond. *de Jurisdict. n.* 20. Verius puto hæc magis imperii dici, non quod sint etiam jurisdictionis simplicis, seu in specie dictæ contra notata *Cap. præced.* sed quod sint ejus imperii, cui jurisdictio inest, ubi notio propter jussum suscipitur; non vero ejus quod jurisdictioni cohæret, quo exitum illa habere possit, vid. *supra N.* 22.

Unde quæsitum, quænam ea essent. Sunt autem ea, in quibus magis eminet potestas et auctoritas imperii. Cujus generis duo sunt, quæ ideo denegantur magistratibus municipalibus in *d. L. ea quæ*, §. 1. *ad municip.* in integrum restituere, et jubere cavere prætoria stipulatione, ac jusso cessante, in possessionem bonorum ejus adversarium [29] mittere: quod posterius etiam positum est in *d. L.* 4. *D. de jurisd.* In restitutione in integrum potestas illa magis eminet, quia restitutione rescinditur jus civile: cujus generis potestatem in magistratu magnam et præcipuam esse oportet. In prætoriis stipulationibus jubendis nihil se ostendit, nisi jussus prætoris, et hujus jussus exsecutio, puta in possessionem missio: quorum utrumque imperii esse manifestum est. Præter hæc, quæ magis dicantur imperii quam jurisdictionis, ut ea denegentur magistratibus municipalibus, nihil facile occurrit. Nam jus dandi tutores etiam his magistratibus datum est. *L.* 3. *D. de tut. et cur.* Quod ad jus bonorum possessionis dandæ attinet, fortasse olim dici potuit imperii esse magis, quam jurisdictionis: quanquam de eo nihil certi traditum legimus. Nunc quidem certe non est hujusmodi ex *L. ult. C. qui adm. ad bon. possess. poss.* qua placuit etiam apud Duumviros, quos constat fuisse magistratus municipales, bonorum possessionem recte agnosci posse.

XVII. Sunt igitur ista, quæ ut jurisdictionis sunt, et imperii: ita nunc quidem jure magistratus competere dicimus: de quo genere illa Papiniani definitio est, quam supra posuimus, quæ jure magistratus competunt, mandari posse. *L.* 1. in princ. *D. de offic. ejus.* Generalis hæc definitio est, sed quam ita accipi oportet, nisi quid ex hoc genere lege [30] excipiatur, ut in omni regula et definitione juris accidit. Exceptæ vero hic caussæ quatuor, in quibus jurisdictionem suam magistratum mandare non posse placet: transactio alimentorum testamento relictorum; prædiorum minoris alienatio; consilii exercitio: tutoris datio. Exceptiones non ratione aliqua, aut conjectura tantum voluntatis collectæ, sed verbis ipsis prope expressæ earum legum, quibus istarum rerum auctoritas magistratui defertur. De transactione alimentorum diserte cautum est oratione D. Marci, ne ea transactio aliter rata sit, quam auctore prætore facta. *L. cum hi*, *D. de transact.* Qui alium auctorem esse non vult, eam cognitionem alteri mandari vetat: cum mandata alteri cognitione futurum sit, ut alius auctor fiat. Inde dictum, nec mandare ex hac caussa jurisdictionem vel præsidem provinciæ, vel prætorem posse. *d. L. cum hi*, §. *si prætor*, in fin. *de trans.* De prædiis minorum alienandis oratio Severi ita scripta est, ut jubeat ex hac caussa adiri prætorem, qui pro sua religione æstimet, quæ possint alienari, obligarive debeant. *L.* 1. *D. de reb. eor. qui sub. tut.* Quod quia jubet, necesse est facere: et quia necesse est, aliam adiri ex lege non licet. Inde sumptum, ut nec jurisdictione mandata possit ea quæstio transferri. *L.* 2. *D. de off. ejus.* In eadem caussa est consilii exercitio, *ead. L.* 2. Hæc autem exercitio maxime locum habebat, cum minor viginti annis servum manumittebat vindicta. De quo lege Ælia Sentia ita cautum erat, ne domino minori viginti annis aliter ma-

29) Obstat *L.* 4. §. 3. *de damn. inf.* vid. *Lib.* 15. *Cap.* 47. *n.* 31. add. Pac. 6. Q. 76. Gœd. *ad L.* 18. *de V. S. n.* 21. qui vult nudum ministerium exercere municipales mittendo in possessionem, uti et fere Charond. *de Jurisdict. n.* 21. aliter Govean. *ad L.* 4. *h. t. n.* 17. *et seqq.* quem laudat Menoch. *Arb.* Q. 74. *n.* 25.

30) Sed non est hæc exceptio de regula. Regula enim est mandari quæ magistratus jure habentur. At verius et quæ sequuntur, ideo non mandari, quia omnia specialiter tribuuntur, nec jure magistratus competunt, Duar. *h. t. Cap.* 5. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 15. *et Cap.* 17 (ubi et hisce accenset alienationem prædiorum Curialium, de qua *Lib.* 10. *C. tit.* 33. *Nov.* 38. *per L.* 2. *C. de off. ejus qui vic.* non item dotalium, quia eorum alienatio abscisse et districte vetita, Cujac. 7. *Obs.* 23.) Obrecht. *Cap.* 5. *n.* 11. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *et Cap.* 18. Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 10. *n.* 10. ut probant verba ipsa LL. a Donello nostro citatarum. Et facit vocula *Quæcunque* in *L.* 1. *princ. de off. eius.* Atque hæc a jurisdictione et imperio secernit Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 8. Et adventitiam jus dicentis potestatem vocat Govean. *ad L.* 1. *h. t. n.* 12. (nec inepte, etsi minus probetur Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *pag.* 62.) uti et Cujac. 21. *Obs.* 30. quæ legis sunt, jurisdictionis non esse. Duar. *d. Cap.* 5. hæc non competere ideo quod quis imperium vel jurisdictionem habet, licet consistant omnia in aliquo imperio vel potestate; et ad *L.* 3. *h. tit. f.* 25. *col.* 2. utrumque recte dici diverso sensu. Non sunt imperii, quia non propria magistratui; sunt quoad rationem decernendi, quæ similis ut in aliis. Ibidem non esse meri imperii (cui ea adscribit Baro *ad L.* 3. *h. t.*) sed cujusdam extraordinarii speciem habere, nec incommode dici misti imperii, quia non deferuntur nisi magistratibus, etsi non jure magistratibus. Atque ita est. Cognitio harum caussarum non est jurisdictionis ordinariæ, nec jussus et auctoritas, quæ in iisdem vertitur, imperii ordinarii. Sunt autem et hæc jurisdictionis *L.* 2. ibi; *omnia quæ ad jurisdictionem rectoris* etc. *C. de off. eius qui vic. L.* 8. §. 18. *de transact.* Sed specialiter datæ, Ant. Fab. *ad L.* 2. §. 1. *de off. eius.* Unde Bocer. *Cap.* 1. *n.* 16. *et Cap.* 3. *n.* 24. jurisdictionem aliam facit ordinariam, quæ jure magistratus absque lege speciali competit, quæ et in specie jurisdictio, quia suo jure eam magistratus habent: aliam extraordinariam, quæ ex eo habetur, quod nominatim concessa etc. et Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 13. *et seq.* Et voluntaria jurisdictio jure magistratus, (cujus pleraque sunt, quæ non mandari possunt, excepto mero imperio) non habetur, vid. *supra N.* 15. *et* 16. Sic Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. aliam esse specialem jurisdictionem, quæ jure magistratus, aliam legalem, quæ a lege Senatusconsulto etc. extra caussas criminales tribuitur. Quæ tamen ipsa aptius opinor specialis nuncupabitur; et altera, ordinaria scilicet, generalis, per *L.* 4. *princ. de off. eius*, vid *Cap. præced. N.* 1.

manumittere liceret, quam si servi vindicta apud magistratum in consilio, caussa manumissionis approbata, essent manumissi, ut est in §. *eadem, Inst. quib. ex caus. manu. non lic.* ubi hoc jus pluribus exponit Theophilus. Ad hoc igitur obtinendum necesse erat a prætore aut præside consilium exerceri, id est evocari et ad eam rem adhiberi, quo apud id consilium manumissio transigeretur. [31] Hanc cognitionem cum lex alibi non ferat, quam apud magistratum, sequitur videlicet eam alteri mandari non posse. Quæ res declarat, nec cognitionem ejus manumissionis mandari potuisse: quippe quæ conjuncta esset cum ea consilii exercitione. Datio quoque tutoris in eadem caussa, de qua ita scriptum est in *L. nec mandante, D. de tutor. et cur.* nec mandante præside alius tutorem dare poterit. Hoc ideo, quia potestas dandi tutoris nominatim tantum cuique tribuitur, ut est in *L. muto*, §. *tutoris. D. de tut.* cujusmodi quæ sunt, ita tribuuntur, ut certæ personæ injuncta eam non excedant. Qua ratione etiam tutoris datio ad sequens genus pertinet, quod maxime placet mandari non posse. Non adversatur, quod plerisque locis traditum est, magistratus municipales tutores dare posse jussu præsidum. §. *sed hoc jure, Inst. de Att. tut. L. Lucius*, §. *cum testamento, D. de administr. tutor.* Nam hic jussus præsidum non est mandata jurisdictio ad tutorem dandum. Magistratus enim municipales hanc ex persona sua jurisdictionem habent lege ipsis datam, ut diserte scriptum est in *L. 3. D. de tut. et cur.* Sed hanc jurisdictionem habent sub conditione, si jussus præsidis præcesserit: eoque nec prius habent, quam præcesserit. Sed iussus interveniens implet conditionem legis, non autem iurisdictionem mandat, quam lex ipsa exsistente conditione dedit. Idemque hic accidit, quod in stipulatione aut legato conditionali, quorum ex utroque nihil debetur, nisi conditio exstiterit. Exsistente tamen conditione nemo dicit promissum legatumve deferri a conditione, aut eo qui conditionem implevit, sed promissum ex stipulatione debiti, legatum ex testamento et voluntate testatoris, qui conditionem adjecit.

XVIII. Præter hæc ex iis quæ sunt jurisdictionis superioris et imperii, nihil animadverto, quod non possit mandari. In quo neque manumissionem aut adoptionem [32] excipio res voluntariæ jurisdictionis, neque in judiciis cognitiones quæ dictæ sunt prætoriæ: etsi fateor juste de his dubitari posse. Etiam apud legatum proconsulis [33] manumittere nos posse diserte traditur in *L. apud proconsulem, D. de manumiss. vind.* ut dicendum sit etiam apud eum posse adoptari. Hoc enim est ejusdem jurisdictionis. *L. 2. L. 3. D. de offic. proc.* Contrarium tamen scriptum videtur, et quidem ut verba sunt, contrarium verbis scriptum est in *d. L. 2.* in fin. et *L. 3. de offic. proc.* Sic enim verba sunt: *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent jurisdictionem; sed non contensiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri. Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem. Nec adoptari potest. Omnino enim non est apud eum legis actio.* Sed hæc recte ita conciliantur. Apud le-

31) Convenit Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 16. Matt. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 8. Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 10. Sed Muret. *ad d. L.* 2. *de off. eius*, Consilium exerceri vult, cum convocato consilio, quod Romæ quinque Senatoribus et quinque equitibus Romanis constabat, in provincia 20. recuperatoribus, Ulp. *tit.* 1. §. 13. quæ caussæ cognitionem requirunt, prætor examinat, inter quæ et refert procuratoris post litem contestatam mutationem per *L.* 17. *de Procur.* statuens quæcunque de plano expediri nequeunt, mandari non posse, vid. *infra N.* 35. Equidem interpretationi Donelli obsistit (1) quia commune omni manumissioni, ut de ea jurisdictio non mandetur, vid. *N. seq.* Baro *de Jurisdict. f.* 33. *initio* (2) quod diversa hæc exercitio consilii et præbitio. Præbet consilium Prætor minori manumittere volenti etc. vid. Ræc. *Protribun. Cap.* 9. *et* 12. Qui *ibid. Cap.* 18. *d. L.* 2. *p.* sic exponit: Non vetatur legatos viros prudentes in consilium adhibere (quod imo fiebat, Cic. *pro Quintio*) sed illos quinque senatores et quinque equites Romæ, (quos decem viros litibus judicandis fuisse conjectat) itemque 20. recuperatores in provincia convocare, et cum illis tanquam Præses tribunal conscendere.

32) Sed verius est, hæc, nec mandari, nec mandata jurisdictione transferri, quia legis actiones nisi apud ipsos magistratus fieri absurdum, vid. Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. *pag.* 20. *et seq.* Cujac. 15. *Obs.* 19. *et* 1. *not.* Mercat. 21. Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 15. testans plerosque ita sentire, quod legis actiones non mandentur *et Cap. seq.* Nam jure magistratus hæc non competunt, vid. *supra Not.* 14. 15. 16. Confer Covar. 3. *Var. Resol.* 20. *n.* 6. Matt. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 81. *et* 2. *seqq.* ubi jus legitimandi, creandi nobiles, Doctores et notarios, quod habent Comites Palatini, delegari non posse, tradit.

33) Recte, sed non vi mandatæ jurisdictionis, verum ex concessione legis, quæ dat sub conditione ea, si mandata jurisdictio. Sicuti in simili magistratus municipales jus dandi tutores habent, jussu præcedente, non tamen vi illius jussus, Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 10. *pag.* 227. Et multa specialia in legato proconsulis, de quibus *infra N.* 60. Male vero Cujac. 1. *Obs.* 1. *et* 15. *Obs.* 19. *et* 1. Merc. 21. vocem *non* d. *L.* 17. inserit, laudatus a Mercer. *in Conciliat. p. m.* 104. notatus ab Hotom. 2. *Amicab.* 21. Bodino 3. *de Rep.* 6. *n.* 520. Rob. 1. *Rec. Lect.* 28. *et* 1. *Animadv.* 21. *et* 1. *notar.* 21.

legatum proconsulis manumissiones fieri aut adoptiones non possunt: sic accipe [34] apud legatum qui nihil nisi legatus est, nec mandata a proconsule jurisdictione utitur. Omnino enim apud legatum, quatenus legatus est, non est legis actio. Et certe in *d. L.* 2. ut verba supra scripta ostendunt, agitur de legato ejus proconsulis, qui urbem tantum egressum erat. Hic legatus non potuit habere jurisdictionem a proconsule sibi mandatam: quoniam hanc proconsul mandare solum potest, postquam fuerit provinciam ingressus. *L.* 4. §. *ult. D. de offic. proc.* At rursum apud legatum proconsulis hæc eadem fieri possunt, sed posse intellige sua conditione: nempe si jurisdictionem habere cœperit, idest, si sit ei a proconsule mandata. Nam et in *L. cum prætor*, §. 1. *D. de jud.* dicitur simpliciter legatus proconsulis judicem dare posse. At alibi auctor idem Paulus adjicit hanc conditionem, quæ ex jure sumitur, ut legatus judicis dandi jus habeat mandata sibi jurisdictione. *L. legatus, D. de offic. proc.* Sed et quæ olim dictæ sunt cognitiones prætoriæ, nihil satis idonei proponi videtur, quominus in his jurisdictio [35] mandari possit. Vetantur quidem magistratus in his dare judicem. *L.* 2. *Cod. de ped. judi.* Sed ideo quia judex datus neque prætor est, neque prætoris potestate utitur, ut ejus judicis cognitio dici possit cognitio prætoria. Lex autem cognitionem prætoriam esse vult. At cum ex his caussis mandavit jurisdictionem suam prætor si quid deinde ex his agitabitur apud eum qui mandatam jurisdictionem suscepit, futurum est nihilominus, ut dicatur cognitio et jurisdictio esse prætoria; quia qui mandatam jurisdictionem suscepit, vice ejus qui mandavit, et imperio utitur. *L. solet*, *D. de jurisd. L.* 3. *D. de offic. ejus.* Atque hæc de iis mandatis dicta sunt, quæ jure magistratus competunt, quæ eadem tum jurisdictionis tum imperii misti, idest, jurisdictioni adjuncti esse dicimus.

XIX. Diversa caussa est eorum, quæ magistratui specialiter tribuuntur, quod genus alterum supra posuimus ex iis, quæ sunt in potestate magistratus. De hoc genere hæc sine exceptione definitio Papiniani est superiori contraria, *quæcunque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione principum tribuuntur*, neque mandari posse, neque mandata jurisdictione transferri. *d. L.* 1. in prin. *D. de offic. ejus.* Specialiter tribui Papiniano intelliguntur, quæ competunt non jure magistratus, idest non hoc ipso quod magistratus est, seu non eo quod jurisdictionem aut imperium habet: sed ideo solum, quod nominatim et [36] specialiter ei a lege tribuantur; alioqui iurisdictionis magistratui tributæ verbo non competitura. Opponit enim hæc duo inter se Papinianus, magistratus iure com-

34) Consentiunt fere Duar. *ad tit. de off. procons. Cap.* 3. Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisdict. Cap.* 13. *n.* 28. *et seq.* Coras. *in d. L.* 2. §. 1. *n.* 3. Hotom. 2. *Amicab.* 1. Pac. 1. *Quæst.* 46. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *de Jurisdict. Cap.* 10. *Pag.* 226. *et seqq.* Nec obstat quod ingressus provinciæ requiratur tantum ad contentiosam jurisdictionem, ut objicit Fopp. ab Æzema 2. *Dissert.* 4. quia id verum in persona Proconsulis, qui voluntariam exercet statim postquam urbem egressus, etiam in aliena provincia *L.* 36. §. 1. *de adopt.* Quin et et postquam provinciam excessit, antequam portam Romæ ingressus *L. ult. de off. procon.* Cujac. *in Nov.* 95. Joach. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. Cap.* 12. *n.* 4. At non item in persona legati, quem nec ipsum ingressum esse provinciam sufficit, sed necesse est ut Proconsul quoque ingressus fuerit, ac jurisdictionem mandaverit, Scip. Gentil. *d. loc.* Nec obstant verba *d. L.* 3. *omnino non est apud eum legis actio*, quibus movetur Charond. 1. *Verisim.* 3. Nec enim præcise accipienda, sed cum adjectione superiori *L.* 2. *princ.* statim scilicet quam urbem egressi fuerint, Hotom. 2. *Amic.* 21.

35) Ita et Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 20. quia nullibi mandari vetantur, nec speciali concessione habentur. Etsi enim in mandatis principum scriptum, quare præsidi de illis cognoscendum sit, tamen illa officium potius exponebant, quam ut comprehensa specialiter tributa vellent. Cognitiones quoque prætoriæ ideo a magistratu exercendæ, quod earum favor ac necessitas, quo citius meliusque expedirentur, jurisdictionem ac imperium requireret. Utrumque hoc habent legati. Cognitio prætoria vel præsidialis non est in judice dato, est in eo, cui mandata est jurisdictio. Et quod *L.* 1. §. 14. *de extr. cogn.* habetur officium prætoris esse, legato quoque convenit, ad quem totum officium juris dicundi transit *L.* 1. §. 4. *de susp. tut.* Diss. Cujac. 7. *Obs.* 23. *et in L. vestis* 127. *de V. S.* quia nominatim injungantur litteris mandatis vel formis a principe datis, et Govean. *ad L.* 1. *h. t. n.* 13. Muret. amplius ad *L.* 1. *princ.* vers. *quæ vero iure* et ad *L.* 2. *de off. eius*, putat omnia, quæ tantum pro tribunali expedienda, nec possunt de plano non mandari legato, quod is tribunal non habeat, et ibi prætor ipse desideretur, *L. ubicunque* 105. *de R. I.* Male. Nam missio in possessionem bonorum fit certe ex decreto: mandatur tamen *L.* 4. §. 1. *de off. eius.* Sed hoc tantum sequitur. Decretum requirit hæc cognitio. Ergo, judex in ea re dari nequit, Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 17. Denique Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 12. cognitionem de indulgenda separatione bonorum, non mandari notat ex *L.* 1. §. 14. *de separat.*

36) Scipio Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 14. ita exponit: Specialiter idem quod nominatim certo magistratui injungere. Non dicit personæ certæ: Quia etsi id fieri possit, non tamen ad hoc necesse est personam exprimi, sed idem efficitur nomine magistratus usurpato *L.* 1. §. 2. *de reb. cor.* (sic Cabot. 2. *Disputat.* 7. *pag.* 215. non interesse, singulis magistratibus hæc tribuantur, an omnibus indefinite qui hoc vel illo magistratu donabuntur,) Quin nec species caussæ vel cognitionum exprimi oportet, sed potest concedi potestas de iis, quæ alii specialiter data. Et sic specialiter ad hoc quoque habentur, ut *L. ult. C. de of. ejus qui vic.* Quin nec hoc necessarium. Sed etsi nec generaliter nec specialiter data, potest ita competere ac si esset specialiter tributa. Sic cognitio de transactione alimentorum specialiter data Prætori ac præsidi. Eandem tamen certo casu habet procurator Cæsaris, et ita habet ut mandare nequeat *L.* 8. §. 19. *de trans.* junct. §. *præced.* ita Gentilis, qui et *pag.* 244. specialiter non dare legem etc. si declaret, quid alicui magistratus jure competat *L.* 4. *princ. de off. ejus* non etiam si jubeat princeps magistratum certum subire *L.* 8. *et seq. de off. præs.* add. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 3. *et seqq.* Male DD. veteres specialiter data accipiunt de reservatis majoribus magistratibus. Nam et privatis caussarum capitalium cognitio concedi, et major magistratus ea carere potest, Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 25.

competere, et specialiter tribui: ut necesse sit intelligi ea tribui specialiter quæ tunc tribuuntur nominatim, cum futurum esset, ut alioqui magistratus iure, et iure iurisdictionis eius, quam magistratus habet, non competerent. Qua ex re etiam fit, ut mandari hæc non possint. Sic enim specialiter tributa apparet certæ personæ ita iniungi, ut in his [37] personæ ipsius, non magistratus et iurisdictionis ratio haberetur. In quo cum persona certa sit electa, repugnat legis sententia, quominus ad alios transferantur. Huius generis duo sunt; merum imperium, et tutoris datio.

XX. *Merum imperium* [38] *est*, *habere* [39] *gladii potestatem ad animadvertendum* [40] *in facinorosos homines*, sic Ulpianus in *L.* 3. *D.*

37) Et licet concessa forte incertis personis sub nomine magistratus, tamen non sunt tributa jurisdictioni, sed magistratui ipsi, qui utique mandari nequit, ait Ant. Fab. *ad L. pr. de off. eius.* Quin et tunc quoque electa videtur fides ac industria personæ. Eaque ratio est mandati inhibendi, quia id voluit populus, vel princeps, hæc concedendo, ne alius de iis judicaret quam qui ob singularem industriam spectata fide ad officium istud adhibitus esset, non aliter judicaturus de rebus commissis quam populus ipse, vel princeps *L. unic.* §. 1. *de off. præf. præt.* Baro *ad L.* 1. *de off. eius et de Iurisdict. f.* 27. Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. *pag.* 18. Muscorn. *de Iurisdict. n.* 131. Obrecht. *Cap.* 5. *n.* 2. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 27. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 26. *et seq.* Diss. Walt. 1. *Misc.* 9. putans, ubi non specie quid certæ personæ commissum, personam industriæ electam non dici. Quod eximie refellit *d. L. unic.* §. 1. Et male idem frustra hac in re rationem quæri, cum id moribus introductum sit. Quin et in specie quoad merum imperium ratio hæc reddi potest, quia cum de capite civis Romani injussu populi permissum non fuerit jus dicere *L.* 2. §. 23. *de O. I.* nulli hæc cognitio committenda, nisi qui a populo ejusve vicem obeunte, Senatu, aut Principe, mandatum accepisset. Itaque ea, in genere, etiam quoad cætera, quia mandata jurisdictio alteri mandari nequit, vid. h. *C. N.* 11. Atque ita hoc erit ex communi et mero jure. Nam et hæc mandata sunt a lege non propria effecta, Otho Meland. *Comm. Cameral. P.* 1. *fol.* 39. Io. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisdict. Cap.* 3. *n.* 26. Quod prob. (1) *d. L. princ. de off. eius.* verbo *delegatam*, delegare est ad usum concedere, sicuti delegata dicitur pecunia *L.* 2. *ad L. Jul. peculat.* junct. *L.* 4. §. 4. *eod.* (2) Quia opposita sunt jurisdictio propria et mandata: quæ suo jure habetur, et quæ alieno beneficio *L.* 5. *h. t.* Propria autem magistratuum officii (Personæ siquidem gerenti magistratum nulla jurisdictio jure Romano propria, vid. *supra Cap.* 7 *N.* 3.) esse, quæ jure magistratus non competunt, repugnantiam involvit. Et suo jure habere, ac magistratus jure hic prorsus idem significant, cum non personæ suæ ratione, sed officii potestatem habeat magistratus. Unde efficitur hæc alieno beneficio haberi per *d. L.* 5. ideoque quasi precaria sola concedentis placito sustineri, argum. *L.* 2. §. 2. *de Precar.* Nec ullus dubitat quin inspecto jure Justinianeo et statu veteris Imperii Roman. sententia Lotharii hoc modo accepta certissima pariter ac verissima sit, isque non tantum æquum tulerit, sed et æquum dixerit. Nimirum jus imperii proprium resedit penes populum vel principem, in eoque fundatum et radicatum, unde exercitium defluxit in magistratus, quibus id concessum *d. L.* 1. *pr.* ubi vocatur exercitio publici judicii. Indeque magistratus vocantur administratores, *Rub. C. de adm. reip.* exsecutores *L. ult. C. ut. ne pri. tit.* Alc. 2. *Paradox.* 6. Loriot. *de Jurisdict. Axiom.* 24. P. Greg. 47. *Synt.* 13. *n.* 7. *et Cap.* 21. *n.* 2. *et* 4. Cabot. 2. *Disput.* 5. Joach. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisdict. Cap.* 3. *n.* 25. *et seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 23. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 3. *pag.* 348. (qui tamen sibi contrarius *d. Lib.* 3. *Cap.* 31.) Busius *ad L.* 1. §. 1. *de off. eius.* Sane hodierno statu, cum imperium merum una in feudum dari soleat, hereditarium id et gentilitium effectum, Jo. Steph. *d. Cap.* 3. *n.* 36. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 23. Diss. qui jure Romano non usum imperii meri, sed proprietatem habuisse magistratus, volunt, post Azonem. Muscorn. *de Iurisdict. n.* 33. Obrecht. *Cap.* 4. *n.* 7. *et* 8. Bocer. *Cap.* 8. *n.* 4. *et* 5. Duar. *ad L.* 3. *h. t.* Bellon. 1. *Supput.* 1. *n.* 1. Walth. 2. *Misc.* 9. Brouch. 1. *Ass.* 15. et quodammodo Bodin. 3. *de Rep.* 5. inter magistratus eos distinguens, quibus capitalium criminum cognitio extraordinaria, quos gladii jus habere jure sui magistratus contendit (in quo etiam ab iis, qui Azonem sectantur, aliena docet) et quibus lex præscripsit quid judicent, quos nudam legis actionem (ita vocat usum et exercitium sine proprietate) habere scribit. Non juvat illos quod jus et potestas gladii haberi ac data esse legitur *L.* 6. *princ. de off. procons. L.* 6. §. 8. *de off. præs. L.* 3 *h. t. L.* 70. *de R. I.* Verba enim, *habere* et *dari*, etsi sua natura proprietatem significent, sæpe tamen pro re subjecta acceptio variat. Nam et mandata jurisdictio haberi dicitur *L.* 5. *h. t. L.* 1. *de iudic.* et dari *L.* 4. *princ. de off. eius.* Male etiam Walth. movetur *L. pr. de off. præf. urbi* verbo *vindicavit.* Quo non innititur aliqua actio realis pro asserendo mero imperio, quæ ex dominio oriatur. Neque enim imperium vindicari dicitur, sed *omnia crimina sibi præfectura urbis vindicavit*, id est sibi tribuit, assumpsit punienda ex Epistola D. Severi etc. Hoc modo displicet quod quidam per exercitionem *L.* 1. *pr. de off. eius*, nudum factum intelligunt, idque solum mandari scribunt, Io. Steph. *d. Cap.* 3. *n.* 26. *et n.* 30. quasi solum ministerium et meram operam præstet cui illa commissa est. Hoc enim lictoris est et carnificis. Ac *dd. LL.* gladii *jus* et *potestatem* concessam esse convincunt. Quin et alias jurisdictio a magistratibus mandata in persona quoque ejus, cui mandata est, juris est, non facti. Utque legatus vicem magistratus subiens, toto officio jus dicentis fungitur *L.* 1. §. 4. *de susp tut.* ita cui a lege imperium delegatum est vice legis fungens, plenam potestatem exercet.

38) Quam definitionem perfectam esse, volunt Bronch. 1. *Misc.* Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 3, et Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 6. *n.* 21. *et seqq.* Contra alii, et rectius propositum ibi Jurisconsulto exemplo rem declarare. Nam nec misti imperii, nec jurisdictionis ibi definitiones essentiales habentur, vid. *supra Cap.* 6. *N.* 6. Muscorn. *de iurisdict. n.* 42. *et seq.* Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 17. Obrecht. *Cap.* 2. *n.* 20. (nam etsi, ait, *gladii* vocem figurate accipias, definitioni tamen propriæ locutiones conveniunt.) Bocer. *Cap.* 5. *n.* 2. volens synecdochen esse partis pro toto, et Marta *de iurisdict. pag.* 1. *C.* 36. *n.* 27. similem locutionem haberi ac si diceres: Fortitudo est pro patria mori. Maret. *de iurisdict. pag.* 143. *et seq.* definit potestatem quærendi de criminibus et a confessis aut convictis pœnas exigendi. Vult 1. *Jurispr.* 12. *n.* 9. Jurisdictionem in coercitione positam, et probat Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 6. *n.* 19. aliter Bocer. *Cap.* 5. *n.* 3. Paurmeist. *d. n.* 17. *etc.* Vocarunt hoc Judæi sceptrum occidendi et vivificandi, quod tamen amplius quid continebat, nimirum etiam jus morti addictos restituendi, quod in Republica Romana solius Principis, vid. Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 7. *n.* 8. Germanis quæ appellationes, vid. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Duc. Sax. Cap.* 5. *n.* 21.

39) *L.* 6. *princ. de off. procons. L.* 6. §. 8. *de off. præs. L.* 70. *de R. I.* Gladius autem non materialis significatur, nec pro telo accipi debet, ut Muscorn. *de Jurisdict. n.* 40. *et* 2. *seqq.* Monach. *Cap.* 3. *n.* 5. Knich. *de Sax. non provoc. jure v. Ducum Sax. Cap.* 5. *n.* 42. sed quamcunque graviorem coercitionem pœnamque, qua ea ex delicto reus plecti potest, denotat Duar. *ad L.* 3. *h. t.* Coras. 3. *Miscel.* 17. *n.* 12. Sic Lambrid. *in Alex. Honores juris gladii nunquam vendi passus.* Gladius enim judex justitiæ et insigne superioris potestatis, ad quam significandam gladio cingebantur qui ea præditi *Rom.* 13. *vers.* 4. *L.* 31. verbis *gladio ultore C. ad L. Jul. de adult.* vid. Phil. Camera. *Cent.* 1. *Op. succis. Cap.* 76. Baro. *de Jurisdict. fol.* 26. *et fol.* 37. P. Fab. 1. *Semestr.* 3. Gœd. *ad L.* 215. *de V. S. n.* 2. P. Greg. 47. *Synt.* 14. Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. Matth. Steph. *Lib. Cap.* 6. *n.* 69. *et seqq.* Scipio Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 2. *et* 3. Et ad statum sui temporis respexerunt Jurisconsulti, quo usitatior gladii pœna, Jo. Steph *d. Cap.* 2. *n.* 31. Vincent. Cabot. 2. *Disput.* 5. Nam nec ante D. D. Fratrum tempora securi, telo, fuste vel laqueo aliove modo quam gladio animadverti oportuit *L.* 8. §. 1. *de pœn.* Cumque honestissimum ac levissimum supplici genus sit capitis amputatio, nulloque genere, ut Seneca, homines mollius moriantur, P. Fab. 1. *Semestr.* 4. Bodin. 6. *de rep.* 6. *n.* 761. ut lenitate verbi tristitia rei mitigaretur, honestioris vindictæ nomen retentum, ut sub eo reliqui omnes modi, quibus vita adimitur, comprehendatur, P. Fab. *ad L.* 70. *de R. I. pag.* 311. Jo. Steph. *d. Cap.* 2. 59. Quomodo gladio feriri jubentur perduellionis rei *L.* 5. *in fin. princ. C. ad L. Jul. maiest.* etsi non secata gladio cervice, sed acerbiori supplicio, atrocitati facinoris respondente, puniantur *L.* 8. §. 2. *de pœn. L.* 9. *C. de re milit.* vid. Petr. Theodor. *Disput. crim.* 5. *Th.* 6. *lit. B.* Sic in *d. L.* 31. *C. de adult.* gladio ultore exquisitis pœnis subduntur rei etc. id est flammis vindicibus absumuntur *L. omnes* 6. *C. Th. eod. Lib.* 9. *tit.* 7. *coll. LL. Mosaic. tit.* 5. Pœnas vero supplicio mitiores hoc verbo venire non puto, per *d. L.* 6. §. 8. *de off. præs.* junct. *L.* 6. §. 1. *de interd. et releg.*

40) In Pandectis Florentinis vocula in omissa eleganti loquendi forma, Petr. Brossæ, *in Miscel. ad d. L.* 3. Animadvertere enim significat punire, et sine præpositione sæpe legitur *L.* 15. §. 28. *de iniur. L.* 10. *Cod. de Ep. et cler.* Val. Guil. Forst. 1. *Obs. succis.* 23. Ex verbo autem *facinorosos* colligit Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 5. jus quoque absolvendi reos postulatos, nec convictos, quod æque meri imperii est, *L.* 6. *princ. de off. procons.* Bald. *ad L.* 3. *h. tit. n.* 10. definitione contineri. Sane quandoque exercetur me-

D. de iurisd. Hinc ista mandari [41] non posse legimus: tantum ideo, quia lege specialiter tribuuntur. De mero imperio ita Papinianus scribit in *d. L.* 1. §. 1. D. de offic. eius. *verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed imperium merum quod lege datur, non transire.* De animadversione in facinorosos, quam eandem merum imperium vocamus, hæ sententiæ sunt veterum: exercitionem publici iudicii lege vel senatusconsulto delegatam mandari non posse. *L.* 1. in pr. *D. de offic. eius.* Item, neminem dicere, legatum proconsulis animadversionem habere mandata iurisdictione. *ead. L.* 1. §. 1. Item, neminem posse gladii potestatem sibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre. *L. solent*, in princip. *D. de offic. proconsul. L. nemo potest gladii, D. de reg. iur.* Quorum omnium hanc rationem reddi videmus, quia lege hæc dantur. Dari accipe ἐμρατικῶς, quæ dantur specialiter, seu ita, ut non alio iure competant, quam si nominatim data sint. Omnia enim ad superiorem definitionem Papiniani referuntur. At cur hæc tantum tribuuntur specialiter? Quia generali verbo iurisdictionis, et potestatis eius quæ magistratui competit, non continentur. Unde necesse sit evenire, ut aut nusquam magistratui competant, aut specialiter ei tribuantur. Atque hinc in his meri imperii nomen: cuius vim primus, quod sciam, nostris erudite aperuit *Franciscus Duarenus Lib.* 1. *Disput. Cap.* 53. Ea cognita non solum quam recte hoc imperium ita vocetur, ostendet; sed etiam ius superius de hoc imperio non mandando, eiusque iuris rationem magnopere illustrabit.

XXI. Merum imperium, ut dixi, est gladii potestas, omnisque animadversionis in facinorosos. *d. L.* 3. *de iurisd.* Recte hoc imperium, in quo præcipue vis et potestas imperii elucet. Est enim positum in executione, et ea omnium gravissima. Ostendi autem ante, imperium in iurisdictione in universum dici exsequendi potestatem, efficiendique, ut ratum sit, quod magistratus statuerit. Quod quia in hac animadversionis potestate præcipue eminet, [42] ideo sæpe et pote-

rum imperium, ubi nulla coercitio maleficiorum, imo nec hominum quidem. Nam et in mortuorum cadavera, bruta animalia, immo res inanimes interdum animadverti videtur, de quo Phil. Camerar. *Cent.* 2. *Op. succis. Cap.* 79. Muscorn. *num.* 46. *et seqq.* Obrecht. *Cap.* 9. *n.* 3. *et seqq.* Scipio Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 4. (qui ideo hac definitione non includi quod rara sint et singularis exempli) et Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 6. *num.* 133. *et seqq.* ubi *num.* 140. *et seqq.* tractat, an cadavera punitorum medicis ad anatomicam sectionem recte concedantur, de quo et Muscorn. *n.* 51. Horat. Carpan. *Statut. Mediol.* 333. *Fol.* 2. Cæterum non omnibus idem et æquale hoc imperium concedebatur, sed aliis plenius fuit, aliis partes mandabantur, Bosbach. *Process. Tit.* 2. *n.* 8. Jo. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 3. Obrecht. *Cap.* 3. *n.* 15. Knich. *de Sax. non prov. iure v. Duc. Sax. Cap.* 5. *n.* 39. atque æque uti jurisdictio caussis, loco, personis, finiebatur, et præterea pœnarum gradibus, Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 24. Hinc ansa interpretibus distinguendi gradus meri imperii. Quam distinctionem juris quidem auctoribus ignotam, at disciplinæ gratia recipi posse, docent Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 6. Muscorn. *n.* 113. Et Bartolus sane sex gradus constituit ac in primo et maximo legem condere aliaque, quæ majestatis sunt, non imperii magistratus, collocavit. Quos gradus reprobant Loriot. *de Apicib. iur. Tr.* 2. *de Jurisdict. Axiom.* 9. *et seqq.* Marta *de Jurisdict. pag.* 1. *Cap.* 37. *n.* 1. Obrecht. *Cap.* 7. *n.* 28. *et seqq.* Jo. Steph. *d. Cap.* 3. qui juxta nostræ reipublicæ statum formam ejus triplicem esse. Magnum, mediocre, minus. Scip. Gentil. *d. Cap.* 6. post Obrecht. *d. Cap.* 7. *n.* 2. ex tribus pœnarum gradibus *L.* 28. *de pœn.* commode tres gradus exstrui censet, quos tres *Cap. seqq.* explicat, et Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 7. *et seqq.* Sed Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 19. quia delictorum contingentium, ad quorum modum pœnam statuere convenit, infinita varietas, exactam distributionem fieri non posse. Et Bocer. *Cap.* 5. *n.* 11. ex pœnarum gradibus distinctionem faciendam, negat, cum non solum in pœnis infligendis, sed et in aliis consistat, ut sunt Præparatoria judicii, inquisitio, apprehensio rei. et quæ ad judicationem pertinent, quæstio sive tortura etc. Hoc probe notandum, quod recte docet Scipio Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 10. quasdam pœnas esse mero et misto imperio communes. Ut pecuniaria, si judicio criminali publico inrogetur, meri imperii; sin exsequendæ jurisdictionis caussa, misti. Meri enim imperii est quævis potestas animadvertendi in caussis criminalibus *L.* 6. *princ. de off. procons. L.* 70. *de R. I.* utrobique in verbis *vel cuius* alterius coercitionis. Facit *L.* 6. *de accus.* quod male negant Coras. *ad L.* 3. *h. t.* 17. et 3. *Misc.* 17. *n.* 10. requirens potestatem in vitam hominis, et Knich. *d. Cap.* 5. *n.* 40. Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 18. vid. Bocer. *Cap.* 5. *n.* 16. In cujusvis vero persona lege vel voluntate concedentis determinatum et limitatum hoc imperium, P. Greg. 47. *Synt.* 21. *n.* 2. Ac uti alias forma mandati stricte servanda ita et hic nemo ex mero imperio sibi assumere potest, quæ nominatim data non sunt. Nec in his argumenta a majori vel minori valent, Cujac. *ad L.* 99. *de V. S. et ad L.* 6. §. 7. *de ini. rup.* Cabot. 2. *Disput.* 5. P. F. *ad L.* 70. *de R. I. pag.* 310. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 24. Bocer. *Cap.* 5. *n.* 34. Io. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 70. Unde Præsidi cui jus est supplicio afficiendi et in metallum damnandi *d. L.* 6. §. 8. *de off. præf.* deportandi datum non est, *L.* 6. §. 1. *de interd. et releg. L.* 1. §. 3. *de leg.* 3. Cur non datum? Vid. Zoan. *Restit. ad Dig. Cap.* 22. Muscorn. *n.* 101. *et* 2. *seqq.* Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 11. *Princ.* 4. *pag.* 332. *et seqq. et Tit.* 16. *Princ.* 1. *Illat.* 3. scite P. Gilken *de Præscript, pag.* 3. *Cap.* 6. *n.* 23. *et seqq.* Mar. Lyckla-ma 4. *Membran. Eclog.* 20. diss. Hotom. 3. *Obs.* 12.

41) Et nec cognitio mandari potest *L.* 1. §. 8. *ad SC. Turpil.* Speciale autem esse volunt in legato proconsulis, ut ipsi cognitio mandari possit, sola tamen, jure sententiæ præsidi servato, seu institutio processus et caussæ audientia *d. L.* 6. *princ. D. L. un. C. de off. procons. Nov.* 128. *Cap.* 20. Bocer. *Cap.* 6. *n.* 20. Obrecht. *Cap.* 6. *n.* 33. *et seqq.* Bron. 1. *Ass.* 16. Non obst. *L.* 14. *ad SC. Silan.* Legatus enim ibi accipi potest et debet non Proconsulis, sed Cæsaris *L.* 4. *de assess.* Muret. *ad L.* 1. *in fin. princ. de off. ejus* Obrecht. *C.* 5. *n.* 16. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. Melius quam Hotom. 3. *Obs.* 4. legato ibi merum imperium esse ob absentiam proconsulis.

42) Unde apparet non recte Baronem *ad L.* 3. *h. t. et L. ult. de off. eius*, exercere consilium, decernere de alienatione prædiorum etc. aliasque caussas, quæ generaliter vel specialiter mandari nequeunt, mero imperio tribuere. Imo merum imperium in *L.* 1. *pr. de off. eius* aperte secernitur ab aliis, quæ itidem speciali jure tribuuntur. Et potest quis hæc habere, ut illud non habeat, et contra. Obrecht. *Cap.* 5. *n.* 28. Quin idem Baro *Lib. I. er. QQ. de iurisdict. fol.* 22. Illa misti imperii esse, cum jurisdictio de re privata iis insit. Graviter labuntur qui imperium merum quemvis jussum nulli cognitioni conjunctum interpretantur, qui in cujusvis caussæ, etiam civilis, exsecutione consistat, ut Jo. Gillot. (exponente ejus sententiam Loriotto, *de Jurisdict. Ax.* 4. *et seqq.*) et novissime Marta *de Jurisdict. pag.* 1. *Cap.* 36. *n.* 22. *et seqq.* scribens magistratum est, id est dum exsecutionem facit ut nullam caussæ cognitionem, seu jurisdictionem admittat, sed mero jure ac propria auctoritate utatur. Sic, ait, exsecutio sententiæ capitalis est *imperii*, quia sententiam sequitur jussus exsecutionem injungens: *meri* quia nulla caussæ cognitio, nulla allegatio auditur, non tantum ut non fiat, sed nec ut differatur *L.* 6. *de pœn.* Idem esse in civilibus probat per *L.* 4. §. 3. *de re iudic.* Facit *L.* 56. *eodem.* A quibus non longe abludunt, nisi quod longius adhuc a vulgari sententia recedunt, quæ habet Polletus *Lib.* 3. *Histor. fori*

testas et imperium absolute per excellentiam appellatur. Ut *L.* 2. *D. de in ius voc. L.* 1. *D. quod quis. iur.* Dicitur imperium merum, quia si conferatur cum iurisdictione est imperium vere merum; quippe purum et solum, non mistum cum iurisdictione, neque ideo cuiquam competens, quia iurisdictionem habeat. Et verbum et res huic etymologiæ congruunt. Scimus merum proprie dici in vino, de eo quod purum est, eo quod vinum tantum est, nihil aquæ aut alterius liquoris admistum habens. Inde translatum ad res cæteras, diciturque merum, quod per se solum est, nec alteri rei admistum. Quomodo nostri non raro usurpant. Ut merum ius gentium dictum, quod non est coniunctum et mistum cum præceptis civilibus, in *L. bona*, in pr. *D. depos.* mera conditio in dando, quæ nulla ex parte in faciendo est: mera conditio in faciendo, quæ nihil habet dandi, in *L. cum servus*, illic, *sed nos neque*, *D. de cond. et demonst.* Isto modo et merum imperium dictum, quod alterius rei [43] misturam non habet, solum, et per se imperium. Sed nondum id dicimus; quod res est. Nam si ita infinite et generaliter dicatur, certe falsum sit potestatem animadvertendi in facinorosos esse imperium merum, seu non mistum. Quæcunque enim hæc postestas est, coniuncta est [44] cum cognitione. Nemo enim quan-

Cap. 1. Merum imperium dici sentiens, quod cognoscendi censendique potestate vacat, misto inferius, minusque solemne; Quale habent, ait, legati tribunorum militum, qui reos perquirere et supplicio afficere possunt, ast non item caussas eorum cognoscere et jus dicere. Sic apud Belgas, scribit, Vasallos habere nudam cognitionem de caussis, nihil autem imperii, non citare, comprehendere, pignora capere, exsequi. Sed sententiam exsecutioni mandari a Ballivis, caussa prius per illos cognita. Sic jure Justinianeo cum delegati, seu judices dati cognoscunt, Prætor exsequitur, illos jurisdictione mera, hunc mero imperio uti, cum cognitio et jurisdictio præcesserit, caussa ab aliis discussa. Sic Prætorem in privatis caussis habuisse mistum imperium quando et cognoscebat et exsequebatur. In publicis autem judiciis, quibus prætor præsidebat, habuisse judices meram jurisdictionem, Prætorem vero merum imperium, id est nudum, ut numerum judicum ineat, sortes ducat, judices citet, contumaces mulctet. Hæc omnia esse meri imperii a jurisdictione sejuncti. Denique gladii potestate merum imperium, cui ut exemplum unum tribuatur, in *L.* 3. *h. t.* latius esse atque extendi ad ea quæcunque citra caussæ cognitionem expediuntur. Unde *Cap. seq.* dare actionem, bonorum possessionem, tutores, in jus vocare, mittere in possessionem, manumissionibus ac adoptionibus operam interponere, mero imperio exerceri, statuit, si non accedit caussæ cognitio; sin accedat, misto ex utroque conflato: ita Polletus. Quæ pluribus non examino. Cum vel inde satis subverti possint, quod merum imperium mandari et mandata jurisdictione transire negatur, quodque lege dari nec jure magistratus haberi dicitur etc. Sed et Gillot refellit Baro. *Lib. Var. QQ. fol.* 37. et Paurmeister. *d. Cap.* 15. *n.* 8. Nam certe exsecutio in caussis civilibus omnino transit, mandata jurisdictione, in qua maxime imperium mistum, seu non merum quod jurisdictioni cohæret, consistit, vid. *Cap.* 6. *N.* 8. *et seqq.*

43) Notatio itaque hæc analogia et observatione similium de meris et mistis defenditur, ut Baro *de Jurisdict. fol.* 22. Et ex natura contrariorum, cum et mistum dicatur, non merum *L. ult.* §. 1. *de off. eius.* Sic mera ratio *T.* 22. §. 5. *Mand.* id est absque benigniori interpretatione, pœna absque permistione ejus quod interest, factum *L.* 98. §. 8. *de sol.* interpretatio *L. ult. C. de LL.* prætoris officium *L.* 5. *de V. O.* §. 18. *de act.* liberalitas *C. statutum ult.* §. *insuper* 4. *de rescr. in* 6. veritas *Cap. qualiter et quando de accus.* fides *L. omnium princ. C. de testam.* Et in eo plerisque convenit quod dicatur quasi purum et separatum ac sejunctum etc. Duar. 1. *Disput.* 53. *et de Jurisdict. Cap.* 3. *et ad L.* 3. *h. t.* Baro *ibid. et Lib. Var. QQ de Jurisdict. fol.* 18. 22. *et passim.* Vacon. *num.* 6. *Declar.* 8. *num.* 6. Coras. 3. *Misc.* 17. *num.* 4. Charond. *de Jurisdict. num.* 13. Obrecht. *Cap.* 3. *num.* 7. *et n.* 17. Jo. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 6. Muscorn. *n.* 38. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 4. *n.* 2. Cabot. 2. *Disput.* 5. Parlador. 1. *Res. Quotid.* 1. *n.* 4. Decian. *Lib.* 4. *Tr. Crim. Cap.* 2. *n.* 4. Forst. 1. *Obs. succis.* 24. et alii. Sed in explicando quare parum dicatur et a quare re, aut quomodo separatum, nonnihil variant. Quidam enim quod cum jus dicentis officio nihil commune habet, eo quod alii puniendis maleficiis, alii privatis controversiis cognoscendis præficerentur, ut Coras. et fere Duar. *d. Cap.* 53. ac Jo. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 4. *n.* 4. quasi in persona gerentis fuerit solum. Male: sæpe enim in eadem persona hæc concurrunt, quæ tamen diverso jure habentur. Alii quod non intuitu jurisdictionis, sed speciali concessione, nec jure magistratus competit, Loriot. *de Jurisdict. Ax.* 4. nec concessio ejus jurisdictioni insit. Knich. *de Sax. non prov. jure* verbo *Ducum Sax. Cap.* 5. *n.* 32. Atqui sic tutoris datio et quæcunque speciali jure habentur, vid. *supra N.* 30. *etc.* erunt meri imperii. Plerique quod jurisdictionem admistam non habeat et ex his alii nulli jurisdictioni cohærere, alii esse absque jurisdictione generali, alii seperatum a jurisdictione speciali et simplici. Sed verius est sic vocari, quod nihil omnino extrinsecus adjunctum habeat, ut *N. seq.* Alias quatuor rationes habet, Joach. Steph. *L.* 1. *Cap.* 2. quare parum sit. (1) quod hoc nec omni magistratui competat nec soli; verum etiam privato. (2) quia ab utilitate privata remotum, eoque juste uti magistratus debet, non ad suum compendium, quomodo et Zas. *ad L.* 3. *h. t.* (3) quia æquitas et benignitas in pœnis decernendis maxime spectanda. (4) quia purum et segregatum a malitiosis effectibus esse debeat. Quarum nulla conveniens. Et prior quidem partim dubia, ut *infra N.* 40. partim communis aliis, quæ jure magistratus non habentur. Reliquæ omni jurisdictioni et officio magistratus fere toti communes. Diff hanc notationem reprobans Paurmeist. *Lib. Cap.* 11. *n.* 15. *et Cap.* 14. *n.* 5. cui placet illa Govean. *ad L.* 3. *h. t. n.* 7. *et seq.* Coras. 3. *Misc.* 17. *n.* 4. (qui uterque tamen priorem quoque probant) quod summum sit et vehementissimum ad res graviores pertinens, quia summa potestas *L. un. princ. de off. præf. præt.* Et meri bellatores, Plaut. *in Mil. Act.* 4. *Sc.* 2. pro pugnacissimis. Quæ displicet Muscorno *n.* 33. et Boecero *Cap.* 5. *n.* 5. Et certe primo potissimum gradui imperii meri et atrocium scelerum animadversioni competit. Aliter Goed. *ad L.* 99. *de V. S. n.* 7. *in fin.* quod jurisdictioni simplici non inserviat, sed ab eo inserviendi munere liberum sit ac solutum: et fere Bart. *ad L.* 3. *hoc tit.* Alc. *ad L.* 215. *de V. S. n.* 2.

44) Consent. Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 3. *n.* 14. quia in caussis capitalibus accuratior cognitio adhiberi debeat, Muscorn. *n.* 16. quia alias severitas et tyrannis potius diceretur. Et Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 17. quod cognitio et judicatio contineantur; constare ex *L.* 6. *de of. proc. L.* 1. *de off. eius*; verbis: *publici iudicii exercitionem.* Nam judicii voce non tantum exsecutio, quæ extra judicium quoque fieri potest, sed principaliter et proprie cognitio et judicatio venit *L.* 15. *Rem rat. hab. L.* 1. *C. de iudic. L. lite C. de usur.* Et Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 3. *n.* 55. *et seqq.* ac Boecer. *Cap.* 2. eandem putans esse criminalem jurisdictionem cum mero imperio. (Quam ab eo distinguit quidem Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 11. *n.* 18. verum ita ut illam faciat generaliter criminum coercitionem ad tuendam disciplinam publicam, quæ jure magistratus competat, imperium merum restringens ad caussas capitales etc.) Et Cabot. 2. *Disput.* 7. *et Cap.* 9. *pag.* 222. Marc. Lycklama 5. *Membran. Ecloga* 1. Goed. *in L.* 99. *de V. S. n.* 7. hæc differre imperium mistum a mero, quod illic exerceatur imperium propter notionem, hic notio propter imperium. Quin Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 6. *n.* 26. *et seqq.* etsi cognitio necessaria, non ideo tamen in mero imperio ullam jurisdictionem esse cum cognitio requiratur quoad factum, non quoad jus. Quia Lex hic jus dicat, ac ipso jure statuat, non magistratus: cui facti quæstio concessa, non pœnæ exsecutio. Contra Charond. *de Iurisdict. n.* 14. *et seq.* imperium hoc esse, non cognitionem nec coercitionem ipsam, sed jussum ac potestatem, cujus vi potest animadverti eamque puram nulli jurisdictioni immistam. Et Obrecht *Cap.* 3. *n.* 9. *et seqq.* a criminali jurisdictione omnino separat; alias notatio, quæ *supra N. praeced.* non conveniret. Et certe ita est. Merum enim accipi necesse est, cui nihil extrinsecus adveniens adiunctum, quod ne[illegible] sua solum relictum est simplici naturæ. Sic accipi puto [illegible] misto opponitur. Merum enim vinum, cui non tantum non aqua, sed nec quivis alius liquor admistus: alias mulsum diceretur merum argentum, aurumque, non tantum cui non plumbum, sed nec æs aliudve metallum confusum. Quin si merum dicitur quod jurisdictioni caussarum civilium non conjunctum, nonne eadem ratione mistum imperium dici posset merum, quod jurisdictionem caussarum criminalium non comitetur. Enimvero, nec aliter juste constat oppositio meri et misti imperii, quam si veluti mistum dicitur quod in caussis iis, in quibus

quantunvis necesse, indicta caussa damnatur. *L. absentem*, *D. de pœn.* quinimmo in criminibus sic cognitionem præcedere oportet, ut in his probationes luce meridiana clariores exigantur. *L. ult. C. de prob.* Dicitur ergo istud imperium ita merum collatum cum jurisdictione: id est ideo merum, non quia non sit conjunctum cum aliis rebus, quæ certe adiunctæ esse possunt: sed quia non sit coniunctum cum iurisdictione, de qua quæritur in potestate magistratus, et ex cuius comparatione ita tractatur de imperio, ut aut id tribuatur iurisdictioni, aut ab ea removeatur. Hoc ita sensisse veteres, qui huic imperio nomen imposuerunt, licet facile intelligere ex imperio misto, de cuius etymologia constat. Nam imperii genus dividitur in merum et mistum. *L.* 3. *D. de iurisdict.* qua in divisione sic opponuntur inter se merum et mistum, ut merum dicatur, quod non est mistum, *d. L.* 3. et contra mistum quod non est merum *L. ult. D. de offic. ejus.* Ut non dubium sit, quin qua ex re admista imperium dicitur mistum, eadem detracta dicatur merum. Atqui mistum dicitur, quod mistum est non cum aliis quibuslibet rebus, sed cum iurisdictione; sive quod iurisdictioni adiungatur imperium, ut illa consistat: *L. ult. D. de off. ejus.* Sive quod iurisdictio insit imperio, ut dicitur inesse in *d. L.* 3. *de jurisdict.* Necesse est igitur merum imperium id intelligi, quod non est mistum cum iurisdictione, seu quod per se solum est, seiunctum a iurisdictione. Hactenus verbi etymologia.

XXII. Nunc quam sit in re, quod dicitur non esse id imperium coniunctum cum iurisdictione, cognoscamus. Certe ab initio constat ita fuisse comparatum hoc imperium, ut cum iurisdictione nihil commune haberet. Idque ita demonstratur. Necesse est id imperium videri maxime a iurisdictione separatum, nec quidquam cum ea coniunctum habere, quod ita constitutum est, ut iurisdictio, quanvis summa, habeatur in magistratu sine hoc imperio; et contra habeatur hoc imperium sine iurisdictione magistratus. Atque apud Romanos ab initio cum constituti sunt magistratus, tale hoc imperium fuit. Nam qui primi apud eos exactis regibus creati sunt summi magistratus Consules, etsi summam iurisdictionem haberent, tamen sine [45] hoc imperio fue-

occupatum est, sibi vel cohærentem vel inclusam habet earundem notionem: ita et merum dicatur, quod in caussis circa quas versatur, quæ sunt criminales, ab earundem notione est separatum. Atque ut absurde quis imperium ecclesiasticum vocaret merum, quod a jurisdictione caussarum sæcularium segregatum sit; aut sæculare merum quod a caussarum ecclesiasticarum dijudicatione sejunctum: ita, aut multo aptius (aut ego discriminis rationem non percipio) imperium criminale merum exinde, quia civilium litium disceptatio illi, nec inest nec cohæret. Nam uti caussæ ecclesiasticæ et sæculares toto genere distinctæ, ita et criminales ac civiles. Quare omnino statuo judicationem criminalem a mero imperio diversam esse, quod illa circa scelerum cognitionem, hoc circa eorum pœnas versetur. Obrecht. *Cap.* 7. *n.* 1. Utramque autem speciali concessione nec jure magistratus competere, idem *Disput.* 7. *Th.* 114. Atque illam, non hoc, vocari *publici iudicii exercitionem*, *L.* 1. *pr. de off. eius*, ut recte Cujac. *ibid. Lib.* 1. *QQ. Papin.* Obrecht. *Disput.* 6. *Th.* 6. *et seqq.* quod probat vocula *cognitionem cir. fin. d. pr.* etsi Pollet. *Lib.* 3. *Histor. fori Cap.* 7. exsecutionem sine cognitione accipiat, eamque solam certis casibus mandari, ut *infra N.* 51. Hoc vero animadversionem *d. L.* 1. §. 1. Quæ vox sua vi exsecutionem arguit, ut post Gillot. recte probat Marta *de Jurisdict. P.* 1. *C.* 36. *n.* 18. *per L.* 8. §. 1. *de pœn.* ibi: *gladio animadverti.* (Gladio enim non fit cognitio, sed exsecutio) *L.* 11. §. *ult. eod. L.* 7. §. *ult. de cap. et postl.* ubi animadverti dicitur in damnatos, cum non amplius cognitioni locus. add. *L.* 11. *de offic. procons.* aut aliam correctionem. Sic Cic. *pro Cluent.* animadversionem censoriam a judicio secernit. Ac etsi quis largiretur cognitionem aliquando comprehendi, per *L.* 15. §. 28. *de iniur. L.* 1. §. 1. *de minor.* ut Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 3. *n.* 61. (cum tamen. *d.* §. 1. emendatio in melius denotetur, ut Don. *infra Lib.* 21. *Cap.* 6.) nec alia tamen acceptio proposito convenit, cum legato animadversio omnis negetur *d. L.* 1. §. 1. *de off. eius*, cui tamen cognitio criminum concessa *L.* 1. *Cod. de off. procons.* Sane cum animadversionem dicimus, non factum exsequendi, sed jus, sive potestatem ac jussum, cujus vi illud injungitur, intelligimus, ut plane de nihilo fit, quod Matth. Steph. objicit *d. lo.* quasi hac ratione lictoribus etiam merum imperium tribuatur. Illi enim nudum ministerium exercent, atque operam organicam præbent. In quo, et graviter errat Charond. *n.* 16. dum exsecutiones has jurisdictionis esse sentit; quod nulla in iis necessaria potestas sit, sed exsecutor præcepto jubentis pareat. Quanquam vero sæpe eidem scelerum cognitio cum animadversione delegata; sejuncta tamen illa, et altera sine altera exerceri poterat. Fueruntque quibus imperium merum sine cognitione, et alii quibus cognitio criminum, sine facultate exsequendi, mandabatur, tum sub populari statu (quod et ex Livio ostendit Budæ. *L.* 18. §. 14. *de muner.*) tum sub unius dominatu, de quibus Obrecht. *C.* 6. *n.* 22. *et seqq.* Qui et 5. *n.* 30. ita hodie Argentinæ criminalem jurisdictionem esse majori Senatui, merum imperium Prætori, qui post cognitionem in confitentem sententiam profert et supplicio affici jubet. Quin Arist. 6. *Polit. ult.* expedire censet, ut alii præficiantur audiendis et condemnandis reis, alii condemnationibus exigendis, ne alias duplex odium incurratur. Illud mihi cum Obrechto non convenit, quod judicationem delictorum criminalem jurisdictionem appellat, quam cum Suerino *Rep. lect. C.* 6. *p.* 23. a jurisdictione secernere malo, cui et opponitur *d. L.* 1. *pr.* versic. *cum alias*, et notioni nudæ judicis dati comparare, quia et privatis ea committebatur. Et ut judex a prætore datus formulæ adstrictus pro arbitrio non agit; ita hic ei, cui quæstio publica a populo vel principe commissa, adamussim servanda, quæ speciali jussu præcepta sunt, nec amplius licet quam ille largitur; ut et hic, æque ac in mero imperio, vid. *supra N.* 40. a simili vel majori argumentari non liceat. Tametsi si quis ejus, cui caussarum criminalium universitas cognoscenda delegata est, jurisdictionem criminalem nominare malit, ei pertinacius obloqui nolim; modo hoc teneat, jurisdictionem illam non stricto sensu vocari, uti ordinaria, quæ jure magistratus habetur, sed latiori, uti extraordinaria, vid. *supra N.* 30.

45) Intellige post legem Valeriam. Priusquam enim ea potestas Consularis incisa et ad modum redacta duplici via provocationis et intercessionis, liberrimum apud eos et regium, ut Cic. 3. *de. LL.* imperium; in hoc tamen distans quod duobus commune, et annuum, non perpetuum, vid. Epif. *de Magistr. vet. pop. Rom. Cap.* 7. Cujac. *ad L.* 2. §. 16. *de O. I.* Muret. *ibid.* Coras. *ad Rub. D. de senat. in scholiis n.* 2. A. Guib. *Lib. QQ. jur. Cap.* 11. *n.* 13. P. Greg. 47. *Synt.* 15. Cabot. 2. *Disput.* 4. Jo. Steph. *Lib.* 3. *Cap* 3. *n.* 2. *et* 3. Relictum vero illis ut coercere possent *d.* §. 16. Unde Govean. *ad L.* 2. *hoc tit. n.* 13. *et seqq.* Consules reliquam animadversionem, excepta suprema capitali, retinuisse, quia *coercitio* absolute graviorem denotet. Sed Cujac. *in d.* §. 16. accipit de coercitione modica, quæ jurisdictioni tacito jure cohæret. Male autem post Gillot. Marta *de iurisdict. P.* 1. *C.* 36. *n.* 18. summum jus habuisse consules *d.* §. 16. id est judicationem criminum, et sententiæ dictionem, non vero summam potestatem, seu vim exsequendi *d. L.* 2. §. 23. Nam in *d.* §. 23. jus dicere de capite vetantur: quibus verbis cum primis judicatio venit, Muret. *ibidem.* De consulum jure, officio, ac potestate Cujac. *ad L.* 99. *de V. S.* singulatim quæ de eo in libris nostri juris habentur persequens, Joach. Steph. *Lib.* 3. *de iurisdict. Cap.* 9. *n.* 6. *et seqq.*

fuerunt. His enim cæteris in rebus summum ius datum: hoc exceptum, ne possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi. Actor Pomponius in *L.* 2. §. *quod ad magistratus. D. de orig. jur.* E converso qui hoc imperium atque hanc animadversionem habuerunt apud Romanos, iudices tantum fuerunt, nullo alioqui præditi imperio, nulla [46] iurisdictione, qui cum res et crimen aliquod postulabat, extra ordinem constituebantur a populo quæsitores maleficii, id est qui in crimen inquirerent, et de eo iudicarent: qui inde quæstores parricidii dicebantur: auctor idem in *d. L.* 2. §. *deinde cum, D. de orig. jur.* Quare ne dubitemus ius gladii animadversionisque in facinorosos homines recte et ex re ipsa ideo appellatum esse merum imperium, quod per se esset et consisteret sine iurisdictione hoc imperium: aut si apud aliquem esset iurisdictione præditum, non ideo tamen esset, quia ius iurisdictionem haberet: sed quia extrinsecus esset illi specialiter lege delatum.

XXIII. Postea mutata res est, cœpitque ordinario iure hoc imperium atque hæc potestas animadvertendi tribui [47] prætori et præfecto urbi Romæ, [48] præsidibus in provinciis. *L.* 1. illic, *etsi a familia, D. de off. ejus. L. illicitas, §. qui universas, D. de off. præf. L. solent,* in princ. *de off. proc. L.* 1. §. 1. *D. de pœn. L. inter, D. de interd. et religios.* quo factum est, ut idem haberet gladii potestatem, qui et præesset iurisdictioni; atque ita quodammodo iungeretur iurisdictioni hoc imperium. Qua ratione etiam exercitio iudicii publici quæ magistratibus isto modo lege delegari cœpit, dicitur Papiniano esse iurisdictionis, et cum ab his mandatur, mandari ipsorum [49] iurisdictio. *L.* 1. in princ. *D. de off. ejus.* Sed re mutata mansit nihilominus imperii meri nomen, quo etiam nunc illa gladii potestas, omnisque coercitionis constanter appellatur. *d. L.* 3. *D. de jurisd. L.* 1. §. 1. *D. de off. ejus.* Quod novum non est in usu juris: in quo constat multa verba certa ex re et caussa ab initio nata esse, quæ quanvis res mutetur postea, retineantur tamen, ut origo intelligatur. Exemplo sint ex innumeris fideicommissa; quæ ita dicta sunt ex re, quæ initio fuit; quia scilicet initio pendebant ex fide sola eorum, a quibus relinquebantur. Postea in necessitatem juris transierunt, ut jam ex fide eorum qui rogati sunt, non magis pendeant, quam legata. Sed nihilominus nomen mansit re mutata, ut declaratur *Institut. de fideicommiss. hered.* in princ. Idem plane in imperii meri verbo accidit: quod ab initio sejunctum a jurisdictione, id est, non iis delatum qui jurisdictionem haberent, inde merum et solum imperium dictum est. Cœpit postea tribui magistratibus, et his solis, atque hoc modo jungi cum jurisdictione. Sed cum eadem potestas esset quæ olim, etiam

46) Hinc judex quæstionis distinguitur a magistratu *L.* 1. §. 1. *ad L. Corn. de sicar. L.* 131. *in fin. de V. S.* Unde Cujac. 15. *Obs.* 39. *et* 21. *Obs.* 30. *et ad L.* 8. §. 18. *de trans. ad L.* 70. *de R. I. et ad d. L.* 131. §. 1. merum imperium ac jus gladii privatis fuisse commissum, et Cabot. 2. *Disput.* 3. Sc. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 19. Bocer. *Cap.* 1. *n.* 19. *et Cap.* 3. *n.* 16. Quod tamen negat Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. (1) quia id non verosimile (2) quia ei, qui cum imperio est, privatus opponitur *Leg.* 3. *de off. præs.* Putat igitur, cognitionem de veritate criminis (sive publici judicii exercitionem, aut, ut Obrecht vocat, criminalem jurisdictionem solum illis mandatam fuisse. Quod verius puto. Et ita Muret. *ad d.* §. 23. non licuisse illis supplicium irrogare, sed inquirere, ac vel absolvere vel pronunciare videri fecisse, tunc referri solitum ad populum, quem et vid. *de Jurisd. p.* 141. *et seqq.*

47) Duar. 1. *Disput.* 53. legibus latis primo a L. Pisone, deinde a Cornelio Sylla quæstiones publicas ac perpetuas constitutas, et prætoribus in universum rerum capitalium quæstiones demandatas fuisse. Verum ex omni prætorum numero forte electos certos quosdam, qui ea judicia exercerent, cum reliqui jurisdictioni præessent. De quo vid. Cujac. *ad L.* 2. §. 32. *de O. I.* Cabot. 2. *Disp.* 7. Joach. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 8. et *n.* 36. *et Lib.* 3. *Cap.* 5. *n.* 3. ubi, non habuisse eum, scribit, quatenus prætor, sed cum quæstoribus parricidii præsedisse in publicis judiciis, et eorum caput habitum, qua de re confer Pollet. *Lib.* 3. *Histor. fori C.* 7. *et n.* 28. *ac seq.* Confer. Forst. *Lib.* 1. *de Jurisdict. Rom. C.* 1. *n.* 14. qui prætores hos non de omnibus delictis cognovisse, statuit. Charond. *de Jurisdict. n.* 13. *et seqq.* Bodin. 3. *de Rep.* 5. qui nudam legis actionem habuisse non gladii jus, Muret. *pag.* 142. et Govean. *ad L.* 3. *hoc t. n.* 21. qui quæstiones pub. prætores hos exercuisse jure autem animadversionis, seu mero imperio caruisse, Bocer. *C.* 8. *n.* 62. *et seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 1. *n.* 27. *etc.*

48) Govean. *in L.* 3. *hoc t. n.* 27. præsides et proprætores in provinciis habuisse quoque imperium merum, etsi Prætori in urbe non fuerit: sed non jure sui magistratus. Necesse enim fuit illis concedere istud, cum populus ipse Romanus, utpote absens, non potuerit in provinciis sententiam ferre aut exsequi, vid. Mur. *de Jurisd. p.* 143. *et seqq.* Quibus autem fuerit olim merum imperium ne nimis hic prolixus sim, consule Govean. *ad d. L.* 3. *n.* 11. *et seqq.* Scipion Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 13. *et seqq.* Joach. Steph. *Lib.* 1. *C.* 2. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 11. Obrech. *Cap.* 6. Hac de re quinque conclusiones tradit Muscorn. *n.* 69. *et seqq.* juri, ut putat, consentaneas, sed, ut mihi videtur, nostro forsan ævo magis, et ex parte, accommodas. An concessa jurisdictione merum imperium concessum? vid. Duar. *ad L.* 3. *hoc tit.* qui quæstionem facti esse positam in voluntate principis, ex conjecturis colligendam, Baro *de Jurisdict. f.* 36. Vasq. *Ill. Contr.* 3. *n.* 9. *et seqq.* Muscorn. *de Jurisdict. n.* 17. *et seqq.* Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 29. *n.* 13. *et seqq.* Obrech. *d. C.* 1. *n.* 40. *et seqq. et Disput.* 7. *Th.* 39. *et seqq.* Niel. *Disput. feud.* 3. *Th.* 5. *lit. A etc.*

49) Ita Bocer. *C.* 1. *n.* 17. Muscorn. *n.* 12. Sc. Gentil. *Lib.* 1. *C.* 2. Alii non quidem merum imperium, sed publici judicii exercitionem ab eo diversam, ut *supra N.* 44. vocari ibi jurisdictionem, Jo. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 15. Obrecht. *Disput.* 6. *n.* 45. Sed verius est illis verbis *jurisdictionem mandant*, nec meri imperii, nec criminalis cognitionis mandatum denotari, quod de facto contra jus processerit, verum errorem magistratuum coargui, qui dum exercitionem illam delegatam habent, et ita legis beneficio, tanquam suæ jurisdictioni, quam jure sui magistratus habent, competeret, sufficere putant ad hoc, ut usum illius alii conferant, si jurisdictionem generaliter mandent. Qui duplici modo errant, et quod jurisdictionis nomine abutuntur, et quia quod mandari nequit, in alios translatum volunt, ut post A. Vaccam. Muret. *ad d. L.* 1. *pr.*

etiam in magistratibus nomen vetus retinuit. Quanquam hoc imperio magistratibus tributo, non penitus disjunctio istarum rerum vetus sublata est. Sic enim istis magistratibus imperium merum tribui cœpit, non ut tribueretur [50] propter jurisdictionem, sed quia personæ talium magistratuum præcipue idoneæ esse visæ sunt, quibus criminum executio committeretur, quæ et maleficia persequi sine metu, et comperta justis pœnis subjicere propter vim imperii facile possent. Ita mansit hoc etiam temporibus Papiniani, et Ulpiani, ut verum esset hoc imperium non esse jurisdictionis, id est non esse cujusquam, quia jurisdictionem haberet, sed ita demum, si ei specialiter lege tribueretur. Qua caussa etiam tunc manente, recte placet ne sic quidem id imperium mandari posse. Addita tamen hic exceptio est, ut exercitionem judicii publici, seu merum imperium non possit magistratus mandare, nisi [51] abesse cœperit, *d. L.* 1. in princ. *D. de offic. ejus.*

XXIV. Tutoris datio ab initio ex eodem genere fuit. Nam de ea, ut supra quoque retulimus, ita scriptum est in *L. muto*, §. *tutoris*, D. de tut. *tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis: sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel se-*

50) Licet Cujacius *in* 2. §. *deinde cum ærarium* 12. *de O. I.* quod in aliis merum, in Prætoribus judiciorum publicorum, et quibuscumque capitalium rerum judicibus, a principe populove constitutis velit esse mistum. Magistratus hodiernos non habere merum imperium quia misto insint omnia, quæ olim erant meri. Et *ad L.* 131. *de V. S. in fin.* quod olim merum, hodie mistum dici posse, et jure magistratus dari, et Suerin. *Rep. Lect. Cap.* 6. *pag.* 23. ac Bodin. 4. *de Rep.* 5. *n.* 302. Quod refellit exactius Sc. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. multa in hoc peccata Cujacii recensens, add. Cabot. 2. *Disput.* 7. Jo. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 77. *et n.* 80. ubi scribit, non habere hoc magistratum ex natura officii, nec posse plus minusve faciendi licentiam sibi sumere, quam quæ specialiter concessa, Confer. Muret. *de Iurisdict. pag.* 144. *et ad d. C.* 1. *pr. de off. eius.* Immo nec jure Canonico aliud dicendum, et nec id caussas meri imperii mandari permittit, ut contra DD. vulgo volentes omnia, quæ cognitionem admittunt, delegationem recipere, cum quibus P. Greg. 47. *Synt.* 22. *n.* 8. Decian. *Tr. crim. Lib.* 4. *C.* 25. *n.* 2. Rosbach. *Process. Tit.* 2. *n.* 33. pluribus firmant Covar. 3. *Var. Resol.* 20. Scipio Gentil. *Lib.* 3. *C.* 29. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 18. *n.* 68. Obrecht. *C.* 5. *n.* 20. Muscorn. *n.* 132. quia loci, quos adversarii adducunt, loquuntur de principe ipso mandante, de quo nihil unquam dubii. Quanvis Bocer. *C.* 6. *n.* 27. scribat nullo quidem textu eorum, quos producunt DD. probari, ast nullo etiam prohiberi hanc delegationem, probari autem *C. ult. de off. ord. Cap. licet de off. vicar. in* 6. *Clem.* 1. §. *de haeret.* quos locos de casibus specialibus accipiendos, negat. Et *n.* 28. ex consuetudine hodie mandari, cum sub magistratus nomine detur, et officio adnexum sit. Quod usu notissimo servari, in eoque, modo generaliter et specialiter deferendi sublato, nihil dubii esse, scribit Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 24. *n.* 22. add. Otho Meland. *Comment. Camerol. P.* 1. *fol.* 40. Quin, hodie unam meri imperii speciem gradumve sibi competere, probans, eodem jure reliquos sibi asserit, vid. Thom. Mich. *de Iurisd. Concl.* 85.

51) Ex qua tamen caussa, non exsequendi jus ac merum imperium ipsum, sed solam cognitionem mandari, dicendum est, quomodo Bald. *ad L.* 2. *Cod. de ped. jud.* (ref. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28 *sub. fin.*) et Cujac. *QQ. Papin. ad d. L.* 1. *de off. ejus*, post Bart. *ibid. n.* 5. *et ad L.* 1. *de off. assess. in fr.* Quod probo ex verbis *d. L.* 1. *princ.* (1) quia dicitur hoc casu exercitio publici judicii mandari. Quæ alia est ac per se sejuncta a mero imperio, licet æque speciali jure competat, vid. *supra N.* 44. (2) in v. *ult. d. pr.* habetur *cognitionem, etc. non mandari*, uti et in *L.* 1. §. 8. *ad Turpill.* (3) Quia §. *seq.* 1. traditur merum imperium *non posse* transire, quæ verba omnem exceptionem ac casum specialem abnuunt, arguuntque ipsum per se imperium merum delegationem respuere, sicuti et caussæ illæ, de quibus *supra N.* 30. *etc.* quas ullo absentiæ aliove casu mandatas fuisse, non legimus. (4) Quia sequitur *nemo dicit* legatum animadversionem habere, mandata jurisdictione. At publici judicii exercitionem habere, cui mandata est jurisdictio, multi dixerunt, quos erroris convincere necesse habuit IC. *d. L.* 1. *pr.* Inconvincibile ergo *exercitionem*, de qua *d. pr.* mandari casu absentiæ dicitur, ab animadversione et exsecutione aliam esse. (5) Apertissime hoc probat *Nov.* 128. *Cap.* 20. Etsi enim loquatur de vicariis præsidum institutis priusquam in provinciam venerint, (unde nil sibi obstare putat Scip. Gent. *d. C.* 28.) *in fin.* tamen *d. C.* 20. diserte cavetur idem servandum, si quis magistratus provincialis jussione principali in aliam regionem mittatur. Qui certe casus est absentiæ maxime necessariæ. Denique ratione juris moveor, quæ vel si sola, satis efficax: merum imperium non proprio, sed mandati ac veluti precarii jure haberi *supra* firmavi *h. C. N.* 37. eodemque modo publici judicii exercitio, quæ Obrecto vocatur, criminalis jurisdictio. Ergo sicuti cui mistum imperium vel per se mandatum vel cum mandata jurisdictione obtigit, cognitionem quidem nudam, judice dato, delegare potest *infra C.* 25. ast exsequendi facultatem concedere nequit *supra h. C. N.* 11. nullo absentiæ casu excepto: ita multo minus gravioris animadversionis jussus, qui æque, non suo jure habetur, ut in alium transeat, ulla absentiæ aliave probabilis, aut necessaria ratio efficere potest. Nec ullo casu id alii tribuendum, quam cui princeps, penes quem summa rerum est, mandavit. Et gravitas caussarum criminalium facit, ut minus hic liceat in deleganda cognitione, quæ admittitur solo absentiæ casu: non autem ut plus liceat in mandanda ipsa exsecutione, quæ nec civilium caussarum ei, qui mistum imperium ex mandato hominis obtinet permissa. Non probo idem, ex *L.* 6. *pr. de off. procons.* quo potissimum movetur Cujacius, quia non ibi publici judicii exercitio tota, sola exsecutione reservata, mandatur, sed institutio processus sine sententiæ dictione, Obrecht. C. 6. *n.* 35. Ac *extraordinarium* ibi ratione personæ legati in quod id singulare *L.* 1. *C. de off. procons.* non vero quod fiat præter ordinarium et consuetum morem ex speciali caussa; sic enim repugnaret verbum *solent.* Diss. post alios Scip. Gentil. *Lib.* 3. *C.* 28. quod publice intersit supplicia sontium non diu differri. Quæ ratio si tanti est: etiam ante adventum in provinciam, inprimis si mora diuturnior, valere debet, quod Gentilis ipse negat, per *Nov.* 128. *C.* 20. Nec certe tanti est, ut rationem illam fortiorem vincat, qua nulli in caput civis animadversio conceditur, nisi qui habeat ab eo, cui jus vitæ et necis est vi supremæ majestatis. Delicta puniri summe interest reipublicæ, legesque ac regulas juris vitari posse, ne impunia reddantur, largior. Unde et perquisitio facinorosorum, et comprehensio municipalibus magistratibus concessa. At tanti interesse citius puniri, ut propterea alii, quam qui ad hoc publica auctoritate constitutus est, exsecutio deferri debeat non largior, quia rationem contra facere perspicio. Sed num hoc speciale in casu violentiæ, ut cognitio mandetur, ex ea caussa. Ita Muret. *ad d. L.* 1. *pr.* ad alia judicia publica transferri non debere per *L.* 14. *de LL.* et Bronc. 1. *Ass.* 16. Bocer. *C.* 6. *n.* 23. Obrecht. *C.* 5. *n.* 5. *et n.* 23. verum Scip. Gentil. *Lib.* 3. *C.* 28. id ad omnes caussas ac species meri imperii et jus ipsum capitalis animadversionis pertinere, putat, probari, ex *L.* 1. §. 8. *ad Turpil. L.* 2. *Cod. de pœn. L.* 3. *C. Ubi fisc. cap. L.* 4. *C. ad L. Fab. de plagiar. L.* 23. §. 1. *de appel.* quas LL. producit quoque Hotoman. 3. *Obs.* 4. Sed *d.* §. 8. sane ad alias cognitiones pertinere arguit, reliquæ vero leges loquuntur non de eo, cui mandata jurisdictio, sed qui vicem præsidis tuetur cujus jurisdictionem ordinariam esse, ipse Gentilis alibi contendit, vid. h. *C. N.* 9. Idem esse si magistratus ad iter se præparet vel reversus mox discessurus, arg. *L.* 15. §. *ult. Ex quib. ca. mai.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 18. *n.* 38 *et seq.* Ac quia infirmitatis, eadem quæ absentiæ ratio perhibetur *L.* 8. §. *ult. cum L. seq. de Procur. L.* 18 *pr. de judic. et simil.* inde et ex ea caussa mandari, concedunt post Cyn. et Bart. *n.* 11. Muret. *in d. L.* 1. Obrecht. *C.* 5. *n.* 4. Bocerus *C.* 6. *n.* 22. Quod alii rectius negant, Muscorn. *de iurisdict. n.* 137. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. *p.* 448. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 46. *et seqq.* tum quod exceptio juris auctoritate destituta, nec argumenta a simili in his, quæ meri imperii procedunt, vid. *h. C. N.* 40. tum quod imo nec eadem est ratio in proposito, cum hic consilium prudentis et vigor animi potius requiratur, quam virium firmitas. Ergo, per *L.* 2. §. *penult. de vacat. mun.* Cæterum occupationum multitudini non idem tribui, receptius est, Muret. *d. lo.* (post Bart. *ibid. n.* 12. qui tamen *n.* 13. excipit nisi ipsis criminalibus nimis occupatus unam caussam deleget) Obrecht. *C.* 5. *n.* 5. M. Steph. *d. C.* 18. *n.* 57. Scip. Gentil. *d. C.* 28. qui hoc probat per *L.* 2. *Cod. de ped. iud.* quia ex hac caussa tantum in civilibus nec iis omnibus delegatio licita. Quæ ratio, etsi sententia vera, non apprime apta. Nec enim eadem omnino mandandæ jurisdictionis et judicis dandi ratio. Quia illud aliquando licet ubi hoc non licet, ut *supra h. C. N.* 35.

senatusconsultum, *vel princeps.* Dixi jam ante horum verborum hanc sententiam esse; tutoris dandi jus nulli competere ob id, quod jurisdictionem habeat, aut imperium; quasi tutoris datio res sit jurisdictionis, aut imperii, ut cui hæc competant, etiam ea competant, quæ sunt jurisdictionis aut imperii species; sed solum ita, si cui specialiter lex dederit. Verum hoc ab initio ita fuit, cum nondum cuiquam magistratui nominatim jus dandi tutoris datum esset. Qua ratione tutoris datio ad hoc genus recte refertur. Postea magistratibus tutoris datio concessa est. Ex quo et jurisdistionis eorum pars esse cœpit. Atque hac rursum de caussa videtur ad superius genus non male posse referri, ut et ante retulimus. Quod tamen hac lege fieri volumus, ut meminerimus hanc potestatem magistratui tributam non propter iurisdictionem priorem, quam habuit, sed tantum ideo, quia illi ea potestas lege specialiter data est. Unde et hoc jus manebit, ut ex superiore definitione Papiniani mandari non possit. Ex his summam hanc effici reperiemus eorum, quæ in universa potestate magistratus mandari possint, aut non possint ut possint mandari omnia, nisi si quid aperte lex mandatum nolit. Ex hoc autem genere esse hæc quinque; in criminibus quidem criminis executionem, seu gladii et coercitionis potestatem, sive quod idem est, imperium merum. In cæteris autem civilibus caussis illa quatuor extra judicium, quæ ante posuimus, quæ ex superiore genere repetenda sunt.

XXV. Atque hæc potestas est mandandæ jurisdictionis, sive in personis quæritur quis cui mandare possit: sive in rebus et partibus jurisdictionis, quæ possint mandari. Quæ cum omnia ita constituta erunt, ut possit recte mandari jurisdictio, proximum est ad mandatam jurisdictionem habendam, ut pro ea potestate mandata sit. Unde sequens quæstio, an sit mandata. Mandatam intelligemus, si quibus modis mandari solet; hi intervenisse probantur, ut quæstio in eo sit, quibus modis jurisdictio mandari intelligatur. Et proprie mandari tum intelligitur, [52] cum ipso mandandi seu committendi verbo magistratus usus est, ut diceret se mandare aut committere alicui jurisdictionem suam. Idem est, si quis in eo mandati hujus definitione sit usus: veluti, si dixit se dare alicui jurisdictionem suam exsequendam, aut exercendam. Hoc enim proprium mandatæ jurisdictionis. *L.* 3. *D. de offic.* aut si dixit se constituere Titium, qui obiret in jurisdictione suas partes; seu qui partibus suis aut vice sua fungeretur: et ut vulgo loquuntur, se constituere Titium suum locumtenentem. Nam et hoc proprium hujus mandati. *L. solet*, *D. de jurisdict. d. L.* 3. *de offic. ejus.*

XXVI. Quod si qui mandare jurisdictionem poterat, dum ad alium potestatem suam transferre vult, dixit se ei jurisdictionem dare, aut se eum dare vel constituere judicem: neutro modo proprie dixit idem, quod mandare jurisdictionem, sed tamen interdum utroque modo mandari jurisdictio intelligitur; interdum contra: utrumque prout est voluntas et potestas loquentis: de quo ex persona ejus statuendum est. Interest enim, utrum magistratus sit, an princeps qui loquitur. Magistratus si dixit se alicui jurisdictionem suam dare, mandasse intelligitur. [53] *L.* 4. *D. de offic. ejus.* Non sane ex proprietate verbi: nam dare est dominium a nobis exercitum in alium transferre. §. *sic itaque, Instit. de act.* quod magistratus in jurisdictione transferenda facere non potest, ut initio ostendimus. Sed ex eo, quod pro condictione personæ fieri potuit. Nam potuit magistratus ita dare jurisdictionem suam, ut propriam accipientis faceret. At potuit hactenus dare, ut transferret tanquam mandatam. Restat igitur, ut in jurisdictione tantum intelligatur dedisse: quod amplius est, pro non adjecto habeatur. *arg. in L. placuit*, *D. de usur.* Quod si magistratus tantum dixit se judicem dare, fecit id quod verba significant, judicem solum dedit: jurisdictionem ei non mandavit. Argumento est, quod judicem datum placet alium judicem dare non posse. *L. a judice*, *C. de jud.* Quod sane contra esset, si jurisdictio esset ei mandata: quoniam judicis dandi potestas est jurisdictionis. *L.* 3. *D. de jurisd.*

XXVII. Horum utrumque contra, si quid eorum princeps fecerit. Princeps si dixit se ali-

52) M. Steph. *Lib.* 1. *C.* 19. Quibus verbis fiat? Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. C.* 52. *n.* 19. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 24. *n.* 13. Necesse autem est ut delegatus exhibeat litteras mandati, sine quibus illi non creditur *C. cum in iure* 31 *de off. deleg.* Menoch. 2. *Præs.* 15. P. Greg. 47. *Synt.* 22. *n.* 15. Rosbach. *Process. Tit.* 5. *n.* 21. *et seq.* Rulant. *de commiss. P.* 1. *Lib.* 5. *Cap.* 2. Et exemplum commissionis citationi inserendum, de quo Maranta *Specul. P.* 4. *Dist. iudic.* 59. *et in Addit. ibi* P. Foller. *n.* 60. Sc. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 23. Jo. Monach. *C.* 6. *n.* 13. *et seq.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *L.* 37. *n.* 3. *et seq.*

53) Ubi propria dicitur, ratione mandantis scilicet, non legatorum, Moret. *ibid.* Camil. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib.* 1. *C.* 8. *n.* 7. et Sc. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 10. *pag.* 2. 8. A quo cavendum, dum *Lib.* 2. *C.* 12. *pag.* 326. scribit, nusquam jurisdictionem dari a magistratu, sed semper mandari, quod *d. L.* 4. refellit.

alicui in illa aut illa caussa jurisdictionem dare, jurisdictionem [54] propriam fecit ejus cui dedit, non mandatam. Nam et verbum dandi id significat, ut ex verbo proprium facere voluisse intelligatur: et quod voluit hic potuit facere: non item magistratus. Sed et jurisdictionem propriam fieri placet, cum lex eam defert. *L. et quia, D. de jurisd.* Principis autem voluntas lex est, seu legis vim habet. *L. 1. D. de const. princip.* Quare et hæc voluntas jurisdictionem accipientis propriam fecerit, non mandatam. Effectus hic est, ut quanvis principe mortuo maneat jurisdictio ejus qui acceperat: quod contra futurum erat mandata jurisdictione. *d. L. et quia, de jurisd.* Rursum si princeps verbis judicem tantum dedit, non solum judicem dedisse, sed rei jurisdictionem ei mandasse intelligitur: quod effecta huic judici tributa probant. Nam hunc non fungi solum munere judiciario, sed et judicis dandi potestatem habere traditur in *L. a judice, C. de judic. L. unica,* in fin. *D. qui pro sua jurisd. jud. da.* Habet ergo jurisdictionem judex a principe datus: judicis etenim dandi potestas jurisdictio est, ut ante dixi, *d. L. 3. de jurisd.* et præter notionem nihil est quod sit in judice, nisi jurisdictio. *L. 5. D. de re jud. L. ult.* in pr. *C. ubi et apud quem cog. in int. rest. agi sit.* Hoc amplius quo magis jurisdictionem in judice a principe dato agnoscere liceat, quemadmodum dato a magistratibus iudice ipsi magistratus appellantur, qui eum dederunt, non autem superior magistratus: *L. 1.* in pr. *L. ult. D. quis a quo app.* ita si quis judex a principe datus alium dederit, ab hujus posterioris sententia appellatur is qui eum dedit, non princeps. *d. L. unica,* in fin. *C. qui pro sua iurisd.* Habet autem jurisdictionem judex a principe datus non propter verba quæ id non significant: non etiam propter auctoritatem et amplitudinem ejus, qui dedit (quid enim, si princeps nollet deferre jurisdictionem?) sed quia ea mens est principis caussam aliquam delegantis, ut totius rei dijudicationem, et executionem judici a se dato committat. Idque existimari par est vel propter occupationes principis: vel quia eiusmodi cognitio et executio inferior est majestate principis. Sed cum judici a principe delegato dederimus jurisdictionem, hanc mandatam accipere debebimus, non [55] propriam judicis dati. Absurdum enim videtur plus tribui ei quem judicem dumtaxat princeps dederit, quam ei cui mandarit jurisdictionem. Huic autem nemo dicet plus tributum esse quam jurisdictionem mandatam. Quamobrem et hæc non solum revocante, sed et mortuo principe finietur: de quo mox. *L. et quia, de iurisd.* Eveniet hinc etiam, ut judex a principe datus pro sua jurisdictione dare possit judicem, ut constitutum est; ipsam autem jurisdictionem suam alii mandare [56] non possit: effectum est enim supra mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri eminem posse. *L. ult. D. de off. eius.* Et hoc est, non poterit iudicem ita dare, ut ab eo datus sententiam suam ex-

54) M. Steph. *Lib. 1. Cap.* 19. Sc. Gentil. *Lib. 2. C.* 26. idemque morte principis non extinguitur, sicuti si mandata esset. Cassiod. *Lib. 8. Variar. Tu vicarius diceris et tua privilegia non relinquis, quando propria est iurisdictio, quæ datur e principe.* Quando autem princeps ordinariam concessisse jurisdictionem censeatur, quando delegatam, si verbis mandati et commissionis usus, Bart. *ad L. 5. de Jurisd. n.* 1. pluribus Menoch. 2. *Præsum.* 16. *n.* 23. *et seqq.* Quid si mandet princeps magistratui, quod jam ante illius est officii? Non mandata jurisdictio, sed quam habet, excitata aut diligentius injuncta censetur. Quare in ea caussa ab illo magistratu non appellabitur princeps, sed proxime, si qui alius est, superior *Cap. licet* 12. *de off. ord.* Matth. Mathesilan *singul.* 89. *ibique in addit.* Gabr. Sarayna, Matth. Steph. *Lib. 1. Cap.* 16. *n.* 34. Sc. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 12. *pag* 233. Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 204. Nec placet quod Decian. 4. *Tr. crim.* 23. *n.* 16. magistratum tunc duplici potestate fungi, ordinaria et delegata. Sic quando Imperator Cameræ imperiali caussas specialiter delegat, ordinariam tamen jurisdictionem exercet, post Reig. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 33. Matth. Steph. *Lib. 2. P. 1. C. 1. Membro* 2. *n.* 126.

55) Ita et Sc. Gentil. *Lib. 2. C.* 26. *etc. C.* 27. *p.* 300. cujus tamen argumentum laborat vitio. Si propriam, ait, haberet jurisdictionem mandare posset, et ab eo, cui mandasset non ipse, sed princeps appellaretur. Jam vero si judicem alium dederit, ab eo ipse appellatur, non princeps. Ergo. Mala illatio: nam nec a judice dato ab eo, qui propriam habet jurisdictionem, alius appellatur, quam qui dedit. *L. ult. Quis a quo appel.* Quanquam nec sibi satis constat Gentil. dum *Lib. 2. C.* 3. ceu singulare notat, quod judex a principe datus habeat jurisdictionem (propriam et ordinariam, de qua sola eo capite tractat) etsi magistratus non sit: Sane si ad universitatem caussarum vel in certo territorio judicem dederit princeps, jurisdictionem ei propriam fecisse, volunt Bocer. *Cap.* 6. n. 31. Sc. Gentil. *d. Cap.* 26. Sed etsi delegatus sit, superior tamen in caussa sibi commissa quovis ordinario *C. pastoralis* 11. §. 1. *de off. ord. C. sane* 11. *de off. deleg.* Facit *L.* 18. §. *de min.* quod quidam intelligunt ratione dignitatis, non firmitatis, ut Miranta *Disput.* 1. *n.* 1. de quo tamen utroque multum disceptat Camill. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib. 2. C.* 3. *et* 3. *seq.* Fachinæ 12. *Contr.* 84. *et seqq.* Multaque ipsi singularia Sc. Gentil. *Lib. 2. C.* 27. Nam et exsecutores et apparitores proprios habet ex constitutione Zenonis *L. pen. C. de fruct. et lit. expens.* ex Basil. restituta a Cujac. 12. *Obs.* 1. Et sententiæ igitur exsecutionem, vid. Sc. Gent. *Lib. 2. C.* 30. *pag.* 327. *et seq.* ubi contrariis occurrit. Adversus ejus sententiam solus princeps in integrum restituit *d. L.* 18. §. *pen.* in quo summo magistratui æquatur, cum adversus sententiam præsidis restituat præfectus prætorio. Et potest hic per edictum citare, *Nov.* 53. *Cap.* 4. vers. *si vero etiam*, nec apud eum litigantibus ulla personæ præscriptio objicitur, si recte Gentil. *d. C.* 27. Non in eadem caussa esse delegatum ducis, marchionis, Episcopi, post Bart. et alios, Gentil. *Lib.* 3 *Cap.* 28. *p.* 445. quia eorum constitutiones pro edictis prætorum habeantur.

56) Etsi vulgo contra statuant, ut *supra N.* 11. Adeo ut et caussas meri imperii eum subdelegare posse plures velint. Quod si de judicis datione intelligatur, Donellus *infra Cap.* 23. *n.* 13. admittit. Sin de mandata vel publici judicii exercitione vel animadversione ipsa, utique falsum est. In quo gravissime labitur Scip. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 28. *pag.* 444. judicem hunc mandare posse merum imperium. Nam si nec magistratus cui merum imperium constitutione principis tributum est, seu cui universas caussas capitales cognoscendas et exequendas dedit princeps, mandare exsecutionem unquam potest *L. 1. de off. eius*, absurdissime certe hæc potestas permittitur judici caussæ, forte uni capitali a principe dato. Nunquid plus dabimus ei, cui tantum mandatur merum imperium, et quidem non expresse, sed interpretatione, cum verbis

exsequi possit, quod est iurisdictionis. *L. a Divo* in pr. *D. de re jud.* aut si ab isto secundo iudice provocatio sit, quin appelletur iudex qui eum dedit, non princeps, contra quam tamen fieret, si secundo isti iurisdictio esset mandata. *L.* 1. §. 1. *D. quis a quo app.*

XXVIII. Mandata recte iurisdictione sequitur tertium, ut mandata transeat, quo translata habeatur. Hinc tertium quæri diximus, mandata iurisdictione quid transeat, et quatenus. De quo ex mandato statuendum est. Nam magistratus aut universam iurisdictionem mandat, aut partem tantum, puta in personas certas, aut res et caussas certas, quorum utrumque in mandanda iurisdictione licet [57] facere. *L. solet*, *L. prætor*, *seq. D. de jurisd.* Et cui certa species iurisdictionis mandata est, hunc certum est nihil amplius in iurisdictione habiturum, quam quod mandatum est. Mandatum enim modum iurisdictioni [58] facit, quem et in omni mandato excedere non licet. *L. diligenter*, *D. mand. L. maritus*, in fin. *C. de proc.* Quod si tota iurisdictio mandata est, sic universa transit, dum semper ea excepta intelligamus quæ specialiter mandari non potuissent. Quod specialiter mandari non potest, id nec mandata generaliter iurisdictione transferetur. *L.* 1. in pr. §. 1. *L.* 2. *D. de off. ejus.* Absurdum est enim plus concedere generalem orationem, quæ non ita certa est, quam specialem quæ in specie nuncupata voluntatem loquentis certo exprimit.

XXIX. Sed quidquid hic transferetur mandata iurisdictione, meminerimus ita transferri, ut semper sit aliena iurisdictio, qua utatur is cui mandata est, tantumque, ut initio diximus, usus in eum et exercitio iurisdictionis transferatur. *L.* 1. §. 1. *L.* 3. *D. de off. ejus.* Adeoque id verum est, ut quanvis forte maiori magistratui [59] minor iurisdictionem suam mandarit, nihil tamen maior in mandata iurisdictione habiturus sit amplius, quam alienam, et quanta minoris futura esset, si ipsa eam exerceret. Quod eo spectat, ut intelligamus maiorem hunc, puta prætorem, in iurisdictione mandata nihil posse facere pro eo imperio et ea iurisdictione, qua ex persona sua uti posset, sed solum pro imperio et iurisdictione eius, qui mandavit. *L.* 3. *de off. ejus.* Quod si verum est, sequitur, ut qui mandatam iurisdictionem suscepit, qui habet alienam, nihil proprium habere intelligatur, quod positum est a Papiniano in *L.* 1. §. 1. *de offic. ejus.*

XXX. Scriptum tamen contra, si quidem verborum figuram tantum sequimur in *L. legati*, *D. de offic. proconsul.* ubi ita verba sunt: *legati proconsulis nihil* [60] *proprium habent*, *nisi a proconsule eis mandata fuerit jurisdictio.* Ergo mandata eis jurisdictione in-

minus adhuc dixerit, quam cui lex (vel princeps, lex animata) *dandi* verbo usa, tribuit. Imo sic semper merum imperium mandari poterit, cum nec haberi possit, nisi a principe, id est eo qui statui præest. Uti in statu populari apud Romanos tribuebatur a populo vel a Senatu nomine et vice populi, in monarchico ab Imperatore. Sed piget in re manifestaria plura profundere. Mirarique subit eos qui nobiscum judicem hunc caussas meri imperii subdelegare non permittunt, alienas fere et longe quæsitas rationes, omissis in medio positis, sectari, vid. Menoch. *Arb. Q.* 54. *n.* 3. *et seqq.* Fach. 1. *Contr.* 47. *et* 12. *Contr.* 98. Muscorn. *de Jurisdict. n.* 136. *et seqq.* M. Steph. *Lib.* 1. *C.* 18. *n.* 58. *et seqq.*

57) Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 18. *n.* 3. Mandatur vel universa vel in certas personas, de omni caussa: vel in certas personas de una lite. Itemque vel integra tam notio quam exsecutio, vel una pars essentialis, sola notio videlicet, vel etiam notio sola de una parte caussæ veluti ut testes examinet, etc. Cui autem tota, vulgo vocatur delegatus ad universitatem caussarum. Totam olim mandare sæpe necesse fuit Proconsuli, cui omnia omnium magistratuum munia injuncta *L.* 7. §. *ult. de off. proc.* Raro Prætori, quia is tantum in jure reddendo occupatus et Romæ perplures alii magistratus, Sc. Gent. *Lib.* 2. *Cap.* 13.

58) Unde curationes angustissimis finibus contineri, Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 269. Et delegationes stricti juris, nec extendi possunt *Cap. ultim. de rescr. in* 6. Cæsar ref. Hot. 3. *Obs.* 4. Aliæ sunt legati partes, atque imperatoris: alter omnia agere ad præscriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet, vid. Rulant. *de Commiss. p.* 1. *Lib.* 3. *C.* 9. Gail. 1. *Obs.* 35. *n.* 3. Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 13. *et Cap.* 23. Bocer. *C.* 6. *n.* 36. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 20. *n.* 4. *et seqq.* In quo cauti sint advocati ut rescriptum palam legi petant, advertentes quid quantumve mandatum sit, Bocer. *d. C.* 6. *n.* 38. Potest et committens, si quid dubium, consuli ejusque declaratio exspectari. Gail. *d. Obs.* 35. *n.* 6. Ac odiosæ ideo dicuntur a DD. quanquam Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 28. *sub fin.* id ad delegationem principis restringat, qui committendo caussam aliquam hactenus jurisdictioni ordinarii detrahat. At si ipse magistratus mandet, jurisdictioni suæ nihil derogat. Omnia tamen, sine quibus commissio expediri nequit, tacite continentur *L.* 2. *hoc tit. Cap. præterea* 5. *de off. de leg.* Gail. *d. Obs.* 35. *n.* 9. Bocer. *d. C.* 6. *n.* 40. Rulant. *d. Lib.* 3. *Cap.* 3. Et potest idem sententiam suam exsequi, de quo accurate Bocer. *n.* 45. *et seqq.* ut tamen remediis aliis imperii non utatur, quam quibus poterat uti mandans, Sc. Gent. *Lib.* 2. *C.* 23. et jurisdictionem exerceat necesse est intra territorium mandantis, Bocer. *d. C.* 6. *n.* 50.

59) Vid. *supra N.* 13. Quod ita accipi velim, ut majori possit mandari, id est dignitate superiori, et majorem jurisdictionem habenti, sed in alio territorio vel aliis caussis aut inter alias personas. Nec placet quod volunt delegari posse ei, qui alias ordinarius futurus, ubi si quid sit, quod qui mandavit facere non potuit, nec possit is, cui mandata est, etsi alias, si sua jurisdictione uteretur, id omnino posset Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 13. *p.* 239. Pejus qui ordinariam et delegatam jurisdictionem posse in eadem persona et concurrere et exerceri, Decian. 4. *Tr. crim.* 25. *n.* 15. Imo ordinaria cognitio ut potior sit, ratio facit, vid. Bodin. 3. *de Rep.* 2. *n.* 264. Menoch. 2. *Præsumpt.* 17. *n.* 2. *et* 3.

60) Ita et Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 3. etsi ipse aliter *Cap.* 10. *p.* 227. Baro *in d. L.* 13. proprium habere relatum ad judicem, et Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *n.* 3. Muret. *ad L.* 1. §. 1. *de off. ejus.* Proprium dici (1) quod suo jure habetur, nec invito adimi potest, sic accipit *d.* §. 1. 2. singulare ac præter cæteros, sic *d. L.* 13. quia habeat quædam, quæ præter ipsum nemo eorum, qui in comitatu proconsulis, Fopp. ab Æzema 2. *Dissert.* (2) proprium in *d. L.* 13. *et L.* 4. *de off. eius*, exponit certum ut sit sensus: Antequam mandetur jurisdictio, ea tantum expediet dum proconsulis administrationi juvandæ adest, quæ speciatim mandantur, donec mandata generaliter jurisdictione proprium et certum munus nanciscatur. Cujac. 7. *Obs.* 21. distinguit legatum proconsulis ab alio, cui mandata est jurisdictio. Et illum plus habere statuit, adeoque propriam jurisdictionem. Quod probat per *L.* 2. *Quis a quo appell.* quia a legato appellatur Proconsul

incipiunt proprium aliquid habere; quod ante negabamus. Sed illud, proprium habere ambiguum est. Dici enim possunt legati aliquid habere proprium sibi: dici etiam possunt habere aliquid proprium ejus, qui mandavit. Prius accipi sine vitio non posse constat. Alienam enim tantum jurisdictionem exercet, et aliena utitur qui mandatam suscepit. *d. L.* 3. *d. L.* 1. §. 1. *de off. ejus.* Restat igitur, ut posterius accipiamus, quod vitio caret, ut facere jubemur in ambigua voce legis. *L. in ambigua*, *D. de leg.* Itaque erit hæc sententia: legati proconsulis nihil proprium proconsulis habent, id est neque jurisdictionem neque imperium: quæ vere sunt propria magistratus, et ita nominantur in *L.* 4. *D. de off. ejus.* Sed hæc ita, si non sit eis a proconsule mandata jurisdictio. Mandata autem jurisdictione hæc jam habere incipiunt legati, et quisquis est, cui jurisdictio mandata est. *L.* 1. §. 1. *L. ult. D. de offic. ejus.* Quæ tamen cum acceperint, non aliter habituri sunt, quam mandata: proinde aliena, non sibi propria. Hinc est, quod initio diximus jurisdictionem mandari posse, non simpliciter transferri, dum transferri proprie dictum intelligi volumus, et quomodo dicantur transferri res cæteræ: cum scilicet a jure ejus qui eas habuit, discedentes transferuntur totæ ad alium, sic ut efficiantur ejus propriæ. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis. L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* quomodo jurisdictio non transfertur. Dicitur tamen jurisdictio mandata transferri, et ad suscipientem transire. *d. L.* 1. in princip. et §. 1. *de offic. ejus.* sed cum adjuncto, ut intelligatur transferri et transire tanquam mandata, non simpliciter.

XXXI. Cum recte jurisdictio mandata haberi cœperit, superest postremum ad jus ejus habendæ, ut haberi perseveret: finita tam desinit haberi, quam si nunquam esset mandata. Hinc postremum quærimus, quandiu perseveret, et quod idem est, quando finiatur. Id una brevi præceptione continetur. Mandatum hic versatur. Sciamus igitur, quibus modis finiuntur cetera mandata etiam vivo eo, cui mandatum est, iisdem modis finiri et mandatam jurisdictionem. Finiuntur alia mandata, morte mandantis, et ejus revocatione. *L. recte*, *Inst. de mand.* Placet [61] to-

Ab eo autem, cui mandata est jurisdictio, mandavit, non appellatur *L.* 1. *d. t.* Vult ergo habere jurisdictionem suo jure, licet non ante quam mandata est, cum illi mandare cogatur Proconsul *L.* 4. §. 11. verbo *debet de off. procon.* Nec optat ipse legatum, sed ei quasi adjutor ex Senatusconsulto datur. Et æque uti Proconsul suos assessores habet *L.* 9. §. *pen. de pen.* Cui consentit A. Gentil. 1. *Lect.* 9. per *d. L.* 4. §. *ult.* verbo *debet*, non dicitur solet aut potest, et quia inconsulto principe abinere non debet *L.* 6. §. 1. *d. t.* Denique quia generalis ejus jurisdictio *L.* 4. *pr. de off. eius*, ideo ordinaria per *l.* 2. *C. de off. eius qui vic. etc.* et Gæd. *de Sequestr.* C. 1. *n.* 16. Joach. Steph. *Lib.* 3. *Cap.* 12. *n.* 8. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 16. *n.* 64. A. Fab. *ad d. L.* 13. et Covar. 3. *Var. Resol.* 20. *n.* 11. a lege habuisse potestatem ex nominatione Proconsulis, judicemque ordinarium dici posse, sicuti vicarius Episcopi. Ast aperte pugnant jurisdictionem eandem mandatam et propriam esse, Camil. Plantius *ad Rub. de off. eius Lib.* 1. *C.* 9. *n.* 2. eundem pro suo imperio agere, et alienis partibus fungi. Quin si haberet suo jure, mandare et ipse alii posset, quod nusquam traditum, P. Fab. *ad L.* 70. *de R. I. p.* 319. Et quod in *d. L.* 1. §. 1 *de off. eius*, habetur, proprium nihil habere, qui mandatum suscepit, ad legatum hunc æque pertinere arguit *d.* §. vers. *quare.* Ac legati in partem curarum ac laborum a Senatu, et postea principe dati, imperandi tamen jus a proconsulibus habuerant, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 320. in quorum arbitrio fuit mandare vel non mandare *L.* 6. §. 1. *de off. procons.* Merito, quia favori suo renunciare licet, et potestate mandandi uti vel non uti, cum et alias mandatum liberrimæ sit voluntatis. Nec obstat *d. L.* 4 §. *ult.* vocula *debet.* Ea enim non necessitatem injungit Proconsuli, sed ad tempus refertur, quo delegatio fieri debet, præsupposita voluntate delegandi. Quippe non ibi quæstio expeditur, an mandare possit vel debeat, sed quando debeat, nimirum postquam provinciam ingressus. Donellus noster *ad L.* 3. *C. de pig. n.* 3. Nihil ne igitur proprium habet legatus. Habet vero nonnulla, quæ ei specialiter tribuuntur ita, si mandata sit jurisdictio. Quæ propria, quia non ea sola ratione competunt, quod jurisdictio mandata, ut P. Fab. *d. lo.* in quibus esse vult tutoris dationem et suspecti cognitionem: adde manumissionis confirmandæ auctoritatem et legis actionem, vid. *supra N.* 33. quæ occasione mandati habet, sed non vi mandati, Plantius *d. Cap.* 9. *n.* 3. *et Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 4. qui et *Lib.* 1. *C.* 12. *n.* 13. hujusmodi esse mulctæ dictionem per *L.* 2. *in fin. de iud.* ideoque in eo casu appellari ab eo Proconsulem, alias non *d. L.* 2. *Quis a quo appell.* et Marc. Lycluma 4. *Membran.* 13. Et multa singularia habet legatus, licet quoad jurisdictionis usum et exercitium cum alio delegato conveniat, vid Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 10. ubi docet habuisse legatum fasces, lictores et tribunal. Qua in re sibi non constare videtur. Nam *Lib.* 2. *C.* 9. *p.* 217. negat legatum aliumve, cui mandata est jurisdictio, tribunali præesse: *d. C.* 10. legatum habere tribunal, non alium, cui mandata est, etc. Ast *C.* 13. *p.* 240. eum, cui mandata est jurisdictio, pro tribunali sedere (in quo consentit Govean. *ad L.* 16. *h. tit. n.* 3.) probat ex Cic. *de Orat.* ubi Crassus: *Nobis*, ait, *in tribunali Q. Pompeii sedentibus.* Quæ forsan sic concilianda: Quod legatus proconsulis habeat quidem tribunal: at non dicatur ei præesse, quod id magistratus sit *L.* 1. *de judic.* Alius vero, cui mandata est jurisdictio, nec præsit tribunali, nec habeat proprium, at pro tribunali mandantis sedere possit. Sed legatum tribunal non habuisse, Muret. *ad d. L.* 1. §. 1. *de off. eius* P. Fab. *d. loc.* confer. Pollet. *Lib.* 1. *Hist. fori pag.* 42. Ut ut sit, nihil proprium est legato *d. L.* 1. §. 1. eorum scilicet, quæ mandata sunt, ut jurisdictio: aliquid proprium *d. L.* 13. ea videlicet, quæ mandata non sunt, nec mandari possunt, ut tutoris datio, etc. Perrenon. 1. *Animadv.* 26. Quæ licet propria non dicantur eo modo, quo, quæ jure magistratus habentur, eo tamen modo, quod a Proconsule legatus illa non recognoscat.

61) Quia cum mandantis vice fungatur: ejus potestate finita necessario finitur et sua Cujac. *in Nov.* 134. P. Fab. *ad L.* 178. *de R. I. f.* 719. Et morte antequam res geri cœpta *d. L.* 6. id est antequam a litigatoribus aditus, per *L.* 18. *hoc tit.* Govean *ad d. L.* 6. *n.* 9. etiam ante litem contestatam, Bart. *ad d. L.* 6. *n.* 13. quod reprobat Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 29. vid Castillo *Contr. quotid. Cap.* 29. et confer Bodin 3. *de Rep.* 2. *n.* 267. Magistratuum vero potestas ordinaria morte principis non solvitur, Bod. *d. lo.* quod probat *d. L.* 6. arg. a contrario. Excipitur jurisdictio ordinaria, quæ alii cohæret, ceu accessoria, et ab ea pendet, ut in vicariis Episcopi *supra h. Cap. N.* 9. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 28. *p.* 309. Covar. *Pract. QQ.* 4. *n.* 4. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 39. *n.* 14. In Francia mortuo rege omnium curiarum jurisdictio, omniaque officia regia, tanquam quæ expiraverint, confirmari a successore solent, ut Bodin. 1. *de Rep.* 8. *n.* 85. P. Greg. 47. *Synt.* 20. *n.* 6. *et* 9. *de Rep.* 1. *n.* 34. quia, ait, officia dantur a Rege sub clausula beneplaciti principis, quod morte extinguitur. Hos vero modos finiendi communes vocat Sc. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 29. quibus addit successionem, sub moto a magistratu mandante, alioque substituto, per *L. ult. C. Ubi et ap. quos in int.* Idem proprium solvendæ hujus jurisdictionis modum ponit abdicationem, cum se jurisdictionem non habere, etsi per errorem, pronunciavit, ut nec ex consensu partium, sine novo mandato, recipiat *Cap. significantibus* 38. *de off. de leg.* Facit. *L.* 55. *de re jud.* et Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 59. *n.* 36. Addit Bodin. 3.

totidem modis finiri revocarive mandatam jurisdictionem. *L. et quia*, *D. de jurisd.*

CAP.

pe Rep. 2. *n.* 266. per imperii adeptionem. Contra Matt. Step. *Lib.* 1. *Cap.* 16. *n.* 43. Sc. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 12. *in fin.* quia nec illa ab initio consistere vetat *L.* 3. *de off. eius.* Distinguo juxta ea, quæ *supra N.* 59. Non finitur, si privatus antea jurisdictionem ordinariam adeptus in alio loco, aliisve caussis; Finitur si ordinarius effectus in eadem caussa. Exercitio quoque publici judicii ex caussa peregrinationis mandata, reverso præside citra revocationem finitur, Bart. *ad L.* 1. *de off. eius n.* 14. Fachin. 13. *Contr.* 2. Et ad tempus mandata solo temporis lapsu exstinguitur, Bocer. *C.* 6. *n.* 62. contra Scip. Gentil. *Lib.* 1. *C.* 29. *fol.* 316.

C A P. IX.

Quis sit jurisdictione competens judex: seu de foro competenti: seu quod idem valet, ubi quis agere vel conveniri debeat. Ac primum de territorio, et caussis cujusque jurisdictioni attributis.

Nexus et ratio ordinis. I.
Competens judex qui sit. Notatio nominis et rei natura explicata. II.
Transitio. III.
Magistratus jurisdictio loco, caussis, te personis continetur. IV.
Extra locum seu territorium suæ jurisdictionis Magistratus privati jure censetur. V.
Loca jurisdictioni Magistratus obnoxia unde æstimentur. VI.
An Magistratus extra territorium recte jus dicat adversus consentientes. VII.
Caussis jurisdictio præest, aut nonnullis dumtaxat, aut omnibus. Et illa specialis, aut generalis. VIII.
Certis caussis qui præficerentur apud Romanos. Quid si omnibus, sed ad certam quantitatem. IX.
Quantitas quæ et quibus in caussis non excedere jurisdictionis modum, aut contra videatur. X.
Generalis jurisdictio quæ. Ab hac excipiuntur quæ aut lege specialiter eidem, aut alteri in id constituto Magistratui sunt attributa. XI.
Creatio Magistratus specialis generali jurisdictioni derogat. XII.
Exceptio. XIII.
Jusdicenti supra suam jurisdictionem non paretur impune. XIV.
Nisi ita in consentientes jus dicatur, aut in invitos etiam de quæstione quæ inciderit. XV.
Interpretatio L. 1. cod. de Ord. judic. XVI.

I. QUi judices jurisdictionem habeant, qualem, et unde acceptam, sive ea propria est, sive mandata, tenemus. Cognitio quidem ad omnem judicis et judicii constitutionem et necessaria et prima, ut initio monui: cum nemine constituto aut adito ab initio, qui jurisdictionem habeat, nullus omnino possit esse judex: neque is qui pro jurisdictione judicet, quem nullum damus: neque judex datus, qui nisi ab eo, qui jurisdictionem habuit, et de re aditus erat, dari non potest. Sed nondum satis, ut tanquam cognitio priore genere judicum, qui jurisdictionem habent, transitus fiat ad judices datos, et eos qui habent tantum notionem; quod alterum genus judicum supra posuimus. Meminisse enim oportet, quem in singulis his generibus quæramus judicem. Non utique judicem simpliciter, et qui præsit alicui judicio; sed in singulis judicem idoneum. Non est autem idoneum in utroque, nisi qui idem sit competens: quam secundam idonei judicis conditionem initio statuimus. Quare invento eo, qui jurisdictionem habeat, quærimus amplius quod secundum est in idoneo judice, quis in hac ipsa jurisdictione sit competens judex. De quo non ideo tantum hoc loco ordine constituendum est, priusquam veniatur ad alterum genus; quia ut dixi, non obiter quærendum in hoc ipso genere priore quis sit idoneus judex: nunc autem idoneum quærimus: sed etiam quia hoc idoneo judice hic non constituto frustra quæratur judex datus: qui nullus esse potest, nisi datus ab eo, non solum qui jurisdictionem habuit, sed etiam qui pro sua jurisdictione, idest idoneus et competens dedit. *L. unica, Cod. qui pro sua jurisdictio. judic. da.*

II.

II. Primum hoc constare debet, quisquis judex futurus est, jure hoc exigi, ut sit competens judex: neque hoc in judicibus tantum datur, ut *tit. C. si a non comp. jud. jud. esse dic.* sed maxime in iis qui jurisdictioni præsunt, aut aliam jurisdictionem habent, de quibus et hoc verbum a veteribus usurpatur, ut in his locis. *L. 2. D. si quis in jus voc. non jer. L. 1 C. de jurisdict. omn. jud. l. pen. D. de jurisd.* Competens judex nostris dicitur, qui compet't ei rei de qua agitur, vel ei adversus quem agitur competit, id est convenit, et proprius est ei rei, vel personæ eodem sensu, quo dicimus aliquas res vel nobis vel alii competere, pro ad nos vel ad alios pertinere. Sic dicimus competentem actionem, seu actionem nobis competere, quæ nostra est. *Inst. de perp. et temp. act.* in princ. et §. 1. Sic competere libertatem, quæ nostra esse cœpit, aut nobis ita deberi, ut nostra sit futura. *L. Papinianus* §. *ult. L. qui repudiantis*, §. *ultim. D. de inoff. test.* Sic competentes usuras, et usuras competiisse, quæ nobis deberi, et hoc modo ad nos pertinere cœperunt. *L. in sententiis*, §. 1. *D. de re iud. L. lecta*, in fin. *D. si cert. pet.* Quam significationem et in competentis iudicis verbo inesse ex eo intelligi potest, quod quem competentem iudicem dicimus, alibi dicitur suus caussæ et litigatoribus index, pro caussæ et litigatoris proprio iudice. Nam quod dicitur in *L. ultim. L. si a non comp. iud.* ne quemquam litigatorum sententia a non suo iudice dicta constringat, nihil aliud exprimit, quam quod reliquo titulo declaratur, ne res a non competente iudice iudicata quemquam teneat. Eademque forma in *L. magisteriæ*, *C. de iurisdictio. omn. iud.* dicitur, neminem a non suo iudice exhiberi posse; pro a non sibi competenti iudice, quod ad personam litigatoris refertur. Quo etiam sensu dicitur quis ad suum iudicem revocare in *L. venditor*, in pr. *D. de iud.* Itaque si plenius dicendum est, competens iudex, si quidem iurisdictionem habeat, est is, cuius de ea re, de qua agitur, iurisdictio est, ut describitur in *L. 2. D. si quis in ius vocat. non ier.* et quibus verbis usus est prætor in edicto de re iudicata, dum notare voluit eum, a quo res recte iudicata est, exstat clausula in *L. 5. D. de re iudic* Generaliter autem competens iudex est is, cujus de ea re notio est Nam hæc verba tam ad judices datos, quam ad eos qui jurisdictionem habent, æque pertinent, ut admonemur in *d. L. 5.* Ergo et is competens in iurisdictione iudex intelligitur, apud quem ut suum iudicem agere quis aut conveniri debet. Proinde et is, cuius [1] forum competens est, id est, cuius tribunal et locus in quo ius reddit, proprias est litigatorum, ut in eo recte agi, et recte conveniri quis possit. Idque ita esse declarat, quod forum competens alibi dicatur forum rei, quasi dicas rei proprium, ut in quo conveniri debeat *L. 2 L. 5. C. de iurisdict.* Quod si ita est, apparet hos titulos verbis distinctos re ipsa idem valere; De competente iudice; qualis inscriptio est Tituli *C. si a non competente iudice iudicatum esse dicatur.* Item, *de foro competenti:* quæ pars est *tit. C. de iurisdictione*: ubi titulus ita conceptus est, *de iurisdictione omnium iudicum, et de foro competenti.* Item, *ubi quis agere vel conveniri debeat.* Quæ inscriptio exstat in Pandectis conjuncta cum titulo generali de judiciis, eadem plane sententia cum superiore.

III. Judicis de re de qua agitur jurisdictio est, atque hoc modo fit is, quem minus competentem intelligi volumus, si cui certa jurisdictio attributa est, et res de qua agitur, ad eam jurisdictionem pertinet. Ita in omni judice qui jurisdictionem habeat, ad istam, ut sic loquar, competentiam quam quæ-

1) *Tit. de extr. de foro comp.* et tribunal competens *L. 35. §. 2. de Proc.* Forum autem cujus sex acceptiones, ex Festo *Lib.* 6. petere licet P. Greg. 2. *de Rep.* 6. *n.* 1. Jo. Monach. *ad Rab. extra d. tit. n.* 3. *et Pract. judic. P. 2. C. 5. princip. n.* 4. ut hic sumitur pro judiciali est locus litium exercendarum *C. forus* 10. *de V. S.* (ubi illative in masculino usurpari volunt Poll. *Lib.* 1. *Hist. fori C.* 1. *n.* 1. Wesenb *ad hoc t. C. n.* 78. cum fori tabulata navium significent, Virg. 6. *Æn.* Cic. *de Senect.* Attamen ita Lucil. *ib.* 3. *Romanis ludis forus olim ornatus lucernis*, teste Non. Marcello *de Propr. serm. f. mihi* 1372.) vel ut Pollet. *d. Lib.* 1. *C.* 2. ubi caussarum officina et veluti quoddam juris diribitorium. Quod magistratus habeat active, liti antes passive, Volt. *ad L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 5. 6. 7. Math. Steph. *Lib. de Jurisdict. Cap.* 27. *n.* 10. Hinc Forum agere dicti magistratus provinciales, cum juris dicendi caussa conventus indicerent, de quo Revar. *Protribunal*. *Cap.* 14 Eodemque sensu fere Magistratus urbani indicere forum et edicere concilium, *ibid. Cap.* 16. Nomen deducit Isidor. *d. C. forus* 10. *de V. S.* a fando vel a Phoroneo rege Græcorum. Prior notatio vim insuper syllabæ quantitati facit, posterior indigenæ auctorem exoticum affingit, ut ait Pollet. *d. Cap.* 1. *n.* 3. Aptius Varro 4. *de Ling. Lat.* a ferendo, quo conferrent controversias suas. et quæ vendere vellent. Quod etymon utrique foro convenit, quod Romanis duplex, Judiciarium et Negociatorium seu venale, Coras. *ad L.* 1. *de O. I. n.* 8. De priori hæc: *Qui sat. cog.* disputatio *L.* 2. §. 5. *de O. I.* præscriptio *L. ult. C. de exc. et simil.* foro interdicere *L.* 9. §. 4. *de pœn.* Wes. *ad hoc tit. Cod. n.* 79. De posteriori: foro cedere *L.* 7. §. 2. *Depositi L. ult. de cur. bon. dan.* Et quia mercatores non solent præscribere, quanti merces venditura, donec pro occurrente fori caritate consilium pluris minorisve vendendi capiant, inde ducta metaphora Proverbium. *Uti foro*, id est rebus præsentibus se accommodare. Coras. *ad d. L.* 1. *n.* 10. D. Græcorum ac Romanorum fora a magistratibus diversis, vid. Panciro!. *Lib.* 1. *Memorabil. Cap.* 19. Jurisdictio itaque, si intra limites, quibus definita est, se contineat, dicitur habere forum competens; sin evagetur, incompetens, Volt. *ad L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 2. illud ordinaria sedes dicitur *L.* 4. *C. h. t.* hoc verum examen *L.* 5. *C. eod.* Wel. *d. lo. n.* 83.

quærimus, primum hoc statuendum est, quæ et quanta sit jurisdictio ei attributa; sic deinde quærendum, utrum id de quo agitur, ad eam jurisdictionem pertineat, necne. Et si quæritur de iis qui mandatam jurisdictionem habent, prope jam confecta res est. Tantum enim hi iurisdictionis habent, quantum eis mandatum est, quod quidem factum sit ab eo qui habuit, et quod habebat mandare potuit. Jam vero quid potuerit mandare iure, qui mandare voluit, tum unde intelligatur mandasse, satis in mandata iurisdictione dictum est. Solum hac parte dubium relinquitur, quantam iurisdictionem habuerit, qui mandavit: quando nihil amplius transire potest in accipientem. De quo ex jurisdictione primaria magistratuum et eorum qui jurisdictioni præsunt, statuendum est: soli enim hi sunt, qui mandare possunt jurisdictionem. Quod si ita est, res huc redit, ut jam de horum solum jurisdictione quærendum sit: qua cognita, fiet ut et de istorum et simul mandata quod reliquum erat, cognoscamus.

IV. Et omnis omnium sive magistratuum, sive judicum etiam qui jurisdictioni præsunt, jurisdictio [2] tribus his rebus tanquam certis finibus circumscripta est; loco in quo jus dicitur; caussis, de quibus judicium est; et certis personis, a quibus et adversus quas agitur. Nam neque in omni loco jurisdictionem habet magistratus, neque eo loco semper in omnibus caussis, neque in eodem loco, et iisdem caussis semper adversus omnes personas. Itaque qui noverit, quod sit territorium cujusque judicis, quæ caussæ jurisdictioni ejus attributæ, quæ personæ, in quas illi sit jurisdictio; is quæ sit cujusque judicis jurisdictio, et quod propositum est, quis sit competens judex; simul quod forum competens: tum ubi quis agere vel conveniri debeat, recte noverit. Atque his velut regionibus tota hæc quæstio inclusa est.

V. Principio sic est jurisdictio omnis, ut nullus neque magistratus neque judex quantacumque potestate præditus præficiatur omnibus locis, sed certis tantum, in quibus jus dicat pro potestate: cum nemo ad eam rem sufficere possit locis omnibus. Extra hæc loca etiam magistratus privatus est. Summum imperium fuit Romæ penes prætores; sed Romæ tantum: extra urbem prætor privatus fuit. Summum imperium habuerunt in provinciis proconsules et præsides: sed unusquisque horum in provincia suæ curæ commissa; extra provinciam privati. [3] *L. 3. D. de offic. præsid.* Hæc loca, seu potius horum locorum universitatem et comprehensionem veteres uno verbo appellarunt [4] territorium. L.

2) Ita et Bocer. *de Jurisdict. C. 7. n. 4.* Vult. *ad L. 1. C. h. tit. n.* 28. qui et *n.* 16. *et seq.* Jurisdictio, inquit, quoad essentiam et sui naturam, omnibus eadem, nec recipit magis et minus, sed quævis locis, caussis, personisque limitata. Quo respiciunt toties illa quasi concepta verba; Pro sua jurisdictione *L. 2. Si quis in jus voc. L. 16. de mun. L. 3. de postul. L. 3. §. 5. Jud. solvi Rub. C. Qui pro sua Jurisdict.* secundum jurisdictionem §. 4. *I. de Attil. tut.* secundum jus potestatis suæ *L. un. Si quis jus dic.* Idem *ad L. ult. C. Ubi in rem actio n.* 3. his tribus quartum addi posse, censet. Tempus videlicet, (seu, ut mallem eum loqui, Ordinem) propter eum, qui judices plures subordinatos habet, ubi inferior prius adeundus, deinde proxime superior, et sic ordine usque ad supremum. Quanquam idem *ad d. L. 1. n.* 149. *p.* 91. superiores tunc æque competentes esse velit, sed ordinem confundi non debere. Ac si coram superiore conventus non excipiat, non proprie prorogasse, sed antevertisse jurisdictionem inferioris videri, etsi pragmatici hic quoque prorogationis verbo utantur, *ibid. n.* 158. Sed non male incompetentia ordinis vocatur, quando inferior, cujus cognitio antecedere debet, præteritur ab eod. *ad L. 4. C. h. t. n.* 19. Quibus vero modis fundetur jurisdictio superioris, ut omisso medio adiri possit, vid. Zang. *de Except. P. 2. C. 1. n.* 138. *et seq.* add. Vult. *ad L. ult. C. Ubi in rem n. 19. et seq.* Otho Meland. *Comm. Camera. P. 1. f.* 48. *et seqq.* Paurmeist. *Lib. 2. de Jurisdict. C. 8. n.* 63. Jurisdictionem restringi jure communi quatuor modis; Quoad territorium, caussas, personas, et quoad partes jurisdictionis, seu actus judicii.

3) Itemque Proconsul. Nam quod *L. ult. de off. Proc.* habetur ingressu portæ Romanæ urbis deponi imperium, non inde sequitur quasi ubique id extra Romam exerceat, sed id recte Accursius accipit de insignibus ac ornamentis, quæ uti assumit statim, atque urbem egressus; *L. 1. d. t.* ita deponit postquam regressus, Cujac. *in Nov.* 95. ubi et accipi posse censet de voluntaria jurisdictione per ea, quæ *N.* 8. add. idem 12. *Obs.* 33. Sic Præfectus urbi extra terminos urbis *L. ult. de off. præf. urb.* quam ita interpretatur, Gœd. *ad L. 2. de V. S. n.* 2. *et* 3. quod dignitatem quidem et majestatem suam habeat intra 100. lapidem *L. 1. §. 4. d. t.* Jus autem extra urbem non dicat. Quanvis de omni caussa, quæ extra muros ad 100. usque lapidem accidit, jus non dicere, sed in urbe judicem, qui extra urbem etiam judicet, dare possit. Quomodo non necesse in *d. L. ult.* vel submota voce *extra*, *intra* su bsttuere, ut Hotom. 4. *Obs.* 22. et in *Epitomat. eo. tit. n.* 3. vel eidem voculam *nec* addere, ut Gotho. et A. Fab. *ad d. L. ult.* Plures ad hanc regulam locos profert Zoan. *Defens. tripart. p.* 43. *et seqq.* docens si notorie limites jurisdictionis judex excedat, posse de facto resisti, ac si vim adhibeat vi contraria defendi, vid. et Decian. *Tr. crim. Lib. 4. Cap.* 29. Coler. *de Process. P. 2. C. 1. n.* 6. *et seqq.* Quin et principem extra ditionem privatum esse, nec inter subditos suos jus dicere posse. M. Steph. *Lib. 2. P. 1. C. 7. n.* 197. *et seqq.*

4) Cui jurisdictio passive et materialiter inesse vel inhærere, sicuti in persona magistratus active et formaliter tralatitium est, Hierony. de Monte *Tr. Fin. reg. C. 11. n.* 15. Wes. *ad h. t. C. n.* 26. Marta *de Jurisdict. P. 1. C. 47. n.* 5. Jo. Monach. *C. 2. n.* 7. Obrecht. *C. 12. n.* 1. Joach. Steph. *Lib. 1. C. 5. n.* 25. Matth. Steph. *Lib. 1. C. 35. n. 2. et* 6. Unde Hieron. de Mon. *d. Te. Fin. reg. C. 77. n.* 1. et Knich. *de Sax. non provoc. jure C. 4. n.* 65. jurisdictionem adeo plantatam esse territorio, ut ab eo divelli nequeat. Sed Bocer. *C. 8. n.* 3. jurisdictionem non inesse torritorio, ut servitus prædio, nec esse qualitatem ejus, sed adjunctum, quod versatur circa id, idem *C. 8. n.* 16. territorium esse subjectum occupans, at non recipiens jurisdictionem, add. Luchin. de Curte *Alleg. in mater. confin. n.* 7. post Bart. *ad C. 1. de Iurisd. n. 15. et seq.* Et nullam jurisdictionem inhærere territorio, Sc. Gentil. *Lib. 3. C.* 25. Paurmeister. *Lib. 1. C. 28. n.* 7. pro subjecta materia ex diversis acceptionibus territorii hoc definiendum statuit. Quod vero quidam ordinariam jurisdictionem generalem tantum requirere territorium, ordinariam certarum caussarum vel personarum non item. Matth. Steph. *lib. 3. de Jurisdict. p. 2. C. 12. n. 29. et seq.* Unde academicum magistratum territorium habere negant idem *Lib. 1. C. 27. n. 26. et C. 33. n. 7.* Bocer. *C. 3. n.* 93. Vult. *ad L. 1. C. h. t. n.* 10. Hoc ita admitto, quando territorium sumitur pro ditione; seu provincia, quæ alicui gubernanda commissa, uti cum de jure superioritatis tractatur, hodie significatur regio, quæ statui imperii, qui immediate subest, concessa, Matth. Steph. *Lib. 2. P. 1. C. 7. n. 10. et 2. seq.* Knich. *de Sublimi. territ. Jure C. 1. n.* 189. *et seqq.* Verum hic latius accipitur pro loco quo circumscripta est jurisdictio. Quo sensu non is solus territorium habet, cui subjecta est ea provincia, civitas vel locus. Hoc enim pluribus uno non convenit. Atqui apud Romanos plures in uno territorio, maxime in urbe, fuerunt magistratus, singuli diversis causis præpositi. Plures igitur territorium habuerunt idem. Sic Procurator Cæsaris, vice præsidis

L. ult. D. de iurisd. de cujus verbi origine aliis aliud visum est. Ex nostris Paulus de aliorum quorumdam sententia ex eo dictum putat, quod sit is ager, intra cujus fines magistrâtus jus [5] terrendi habet. *L. pupillus*, §. *territorium*, *D. de verb. sign.* Hoc igitur verbo si uti placet, hoc dicimus, unumquemque magistratum et judicem suum territorium habere, in quo jus dicat legibus aut moribus illi constitutum: extra hoc territorium privatum esse, id est, nullam neque jurisdictionem, neque notionem habere: fierique isto modo eum, quem proposuimus, non competentem judicem. Et hoc est, quod definitur in *L. ult. D. de jurisd.* Extra territorium jus dicenti impune non pareri. Id enim hanc significationem habet: si quis, quantamcumque is jurisdictionem habeat, extra territorium suum cognoscat quid, judicet, aut statuat, liberum esse cuivis in quem constitutum sit, non parere, idque impune: ut intelligatur scilicet nullam id auctoritatem aut vim habere.

VI. Quæ loca seu quæ territoria cuique magistratui et judici sint attributa, uniuscujusque magistratus constitutio declarabit: hæc enim officia cujusque describit et partes, quæ cuique attribuit: ita et suum cuique locum ac territorium assignat. In quo nihil nos admodum juvare possunt officia et descriptiones [6] magistratuum Romanorum; de quibus tam multi tituli exstant initio tum Codicis, tum Pandectarum. Fuerunt enim illi magistratus accommodati ad formam Reipublicæ et imperii Romani. Ea forma cum imperio mutata, etiam magistratus illi eorumque potestas atque officia [7] exoleverunt. Consulenda hic igitur uniuscujusque gentis, et nationis, itemque civitatis in qua versamur, leges; et videndum quos magistratus et judices ferant Reipublicæ, quæ loca, quæque munia cuique attribuant: quæ ut in singulis populis certa esse solent, ita sunt pro arbitrio constituentium varia. Hæc cognita huic parti legem dabunt, non aliorum populorum instituta. Et quidem extra territorium frustra jus dicat magistratus adversus invitos.

VII. Quid si adversus consentientes et eos, qui ultro extra territorium alicujus judicis audientiam elegerunt? Dicemus nihilo magis hu-

non fungens, non habuit territorium sibi subjectum, habuit autem territorium id est certos fines, intra quos jurisdictio illius quo ad illas caussas, quibus judicandis constitutus erat, cingebatur. Vult. *ad L. 1. h. t. n.* 53. Unde etsi in lite privatorum utriuque inter consentientes jus diceret *d. L. 1. C. h. t.* non tamen extra provinciam, in quam mittebatur. Recte itaque, qui cum cui in certas personas jurisdictio est, propter easdem habere territorium circumscriptive, ut loquuntur quos citat Th. Mich. *de Iurisd. Conclu.* 144. Quo sensu et Rectores academiarum territorium non habere videntur. ut Matth. Steph. *Lib. 1. C.* 33. *n.* 8. sed omnino habent. Ut et Episcopi, licet alias territorium temporale non habere dicantur, sed diœcesin, Hier. de Monte *Tr. Fin. reg. C.* 12. P. Gregor. 47. *Synt.* 21. *n.* 33. Jo Monech. *de Iurisd. C.* 2. *n.* 10. Paurmeist. *Lib.* 2. *C.* 7. *n.* 20. etsi jure nostro diœcesis provinciam denotet *L. 1. C. de privat. carc.* Alc. *ad d. L.* 239. §. 8. *de V. S. n.* 2.

5) Id est submovendi, quia lictores cum fascibus habebant magistratus, quibus mandabant ut turbam submoverent, Alc. *ut ad d.* §. 8. *n.* 9. Baro *ad L. ut h. t.* Govean. *ibid. n.* 4. licet Frontin. sic dici velit, quod terrendi hostes caussa constitutum, ref. Goveano minus apte. Aliter Serv. *in Virg.* 5. *Æn.* a terrendo quasi tritum bubus et aratro, ref. Forcat. *Dial.* 73. *n.* 5. Varro 4. *de Ling.* a terrendo derivat terram, et territorium, quod maxime teratur; quod probat Cujac. *in L.* 53. *C. de decur. Lib.* 10. quia pro terra et fundo ponitur *L.* 3 *C. de nat. lib. L.* 28. §. 4. *C. de En. et cler.* et Govean. *d. n.* 4 Olim coloniis tantum dicebatur, non aliis civitatibus. Turneb. *in Varr. de Ling. Lat. f.* 273. Postea nec oppidorum tantum ac civitatum, sed et provinciarum dicta territoria, ut ex Siculi Flacci *Lib. de Condit. agror.* docent Vult. *ad L. 1. C. hoc tit. n.* 8. M. Steph. *Lib. 2. p. 1. C.* 7. *n. 5. et seqq.* Et plura territoria specialia, unum generale, omniaque commune, ei universale, quod est universum imperii Romani, constituunt, Vult. *d. loc.* Idem significare districtum. Gœd. *ad. d.* §. 8. *n.* 1. quæ vox a distringendo, id est coercendo dicta, legitur 1. *Feud.* 5. *in fin. C. licat* 9. *extr. de Probat.* Etsi quidam putent proprie dici in mari et locis adjacentibus, ref. Monac. *de Jurisdict. Cap.* 2. *n.* 9. Alii latius patere ac denotare quidquid ex alieno ditioni, jure belli vel quo alio, adjectum, ref. Alc. *ad d.* §. 8. *n.* 2. Hier. de Mon. *Tr. Fin. reg. C.* 7. *n.* 4. Sane forum a territorio differt, quod hoc locus est universalis, in quo locus plerunque peculiaris assignatus magistratui, quo jus dicat *L. pen. de I. et I.* qui dicitur forum. Vult. *ad d. L.* 1.

6) De quibus, si quis exactam cognitionem expetit, etiam hauriat ex Notitia Imperii utriusque, edita et accuratis Commentariis illustrata a Guid. Pancirollo. Forst. *Lib. 1. de Jurisdict. Rom. Cap.* 1. P. Greg. 47. *Synt.* Pollet *Lib.* 3. *Hist. fori Cap.* 4. *et seqq.* Obrecht. *de Jusisdict. Cap.* 11. Jacob. Pontan. *Progymnasm. Volum.* 3. *p.* 2. *etc.*

7) Et nomina magistratuum una cum officiis frequentari desierunt, post Gœl. *Cons.* 39. *n.* 2. Bocer. *de Jurisdict. Cap.* 8. *n.* 69. Jurisdictionisque ratio plurimum innovata. Ut si quis antiquas regulas sine delectu nostris magistratibus adaptare velit, inanem sum t operam, gravibusque erroribus implicetur, Heig. *p.* 1. *Q.* 2. *n.* 5. Matth. Steph. *Lib.* 2. *P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 1. *et* 2. Quondam sola administratio reipublicæ ad magistratus cum jurisdicendi potestate pertinuit, vid. *supra Cap.* 7. Quin et Ducatus, Comitatus ac Baroniæ primo institutionis tempore, muneris erant, non patrimonii, ac officia publica ad nutum, ut loquitur Nicol. Cusa. *Lib.* 3. *de Concordantia catho. Cap.* 28. removibilia. Postea sive a Carolo Magno, sive, ut alii ab Ottone 1. et in Gallia ab Hugone Capeto dignitates temporariæ antea, effectæ perpetuæ, vid. Cusan. *d. Cap.* 28. P. Heig. *d. Q.* 2. Paurmeist. *Lib.* 2. *Cap.* 10. *n.* 8. *et* 9. Knich. *de Sax. non provoc. iure* 5. *Duc. Sax. C.* 4. *n.* 56. *et de Sublimi. territ. Jure C.* 1. *n.* 90. Hotom. *in Francogall. C.* 17. *et Disput. feud.* 18. Connan. 2. *Comm.* 9. *n.* 5. Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 303. Cabot. 2. *Disput.* 30. *etc.* Indeque quidam in consortium imperii quasi admissos fuisse Duces, Marchiones et status imperii, ut eodem fere jam jure teneant provincias adsignatas, quo Imperia sibi retenta, ut Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 3. *et* 4. scribens licet imperium monarchicum manserit, ejus tamen gubernationem (quam a statu aliam esse Bodinus contendit 2. *de Rep.* 2. *n.* 189. *et* 6. *Rep.* 6. *n.* 772.) esse aristocraticam, de quo nihil hic statuo; neque hujus loci est, forte etiam vix convenit. Hinc vulgatissimum illud, Principem imperii in sua quemque ditione, imperatorem esse, et tantum posse, quantum Imperator in imperio, quoad subditos suos scilicet, quorum respectu dominium directum habeat, utile vero respectu imperatoris et imperii, Wes *Cons.* 27. *n.* 28. vid. Gail. 1. *de pa. publ* 6. *n.* 10. Danth. *de Testam. n.* 36. Thom. Micha. *de Jurisdict. Conclus.* 45. *et seqq.* Jacob de Puteo *Alleg. in mater. confin. n.* 49. Bocer. *C.* 8. *n.* 6. Matth. Steph. *L.* 2 *P.* 1. *C.* 1. *n.* 42. *et C.* 7. *n.* 33. *et seqq.* Obrecht. *de Jurisdict. C.* 4. *n.* 16. Sc. Gentil. *Lib.* 3. *Cap.* 18. hodie, quod ad jurisdictionem attinet, multos Cæsares esse scribens. Idemque tribuunt civitatibus imperialibus ac liberis. Scip. Gentil. *Lib.* 3. *C* 22. Boc. *C.* 8. *n.* 81. Matth. Steph. *Lib.* 2. P. 2. *C.* 1. *n.* 54. *et. seqq.* ut habeant jura principum realia, licet personalia non habeant. Quæ tamen captionem ex parte ad infinitum continere scribit Paurmeist. *Lib.* 2 *Cap. ult. cir. fin.* Qui et prius illud de dominio directo, ceu falsissimum, ac in principia juris feudalis impingens rejicit, *Lib.* 2. *C.* 4. *n.* 70. *et seq.* quod et alii restringunt ac declarant, quos refert Gaspar Klocke *Dissert. de Contribut. Conclus.* 8.

hujus magistratus aut iudicis iurisdictionem fore. Jam enim diximus etiam summum magistratum extra territorium hominem privatum esse *d. L.* 3. *de offic. pres.* Quod si ita est, privatorum consensus extra territorium illi non dederit jurisdictionem aut notionem. Hæc enim privatorum consensus privatis non tribuit. *L. privatorum, C. de jurisd omn. iud.* Non obstat quod dicitur, si qui se subiiciant iurisdictioni, cuiusvis iudicis qui iurisdictionem habet, in consentientes esse iurisdictionem. *L.* 1. *D. de iud.* Apparet enim hoc dictum esse de iis iudicibus, qui iurisdictionem aliquam habent. Jam autem effectum est magistratum extra territorium plane privatum esse: quod nihil aliud est; quam quod ante dixi eum extra territorium [8] nullam habere neque iurisdictionem, neque notionem.

VIII. Ut non omnibus locis, omnive territorio præficiuntur magistratus aut iudices, sic nec omnes in suo territorio quibuslibet caussis. Etiam hæ in cuiusque iurisdictione propemodum certæ esse consueverunt. In quo quid servandum sit, eadem illa magistratus cuiusque descriptio, quam dixi, potissimum indicabit: quæ et ipsa sumetur ex uniuscuiusque gentis, populi, civitatis legibus. Neque tamen hæ leges, aut in his magistratuum descriptio omnis ut in territorio cuiusque magistratus definiendo; ita in caussis cuiusque iurisdictioni attribuentis statim rem expediunt. Ideo statuendum, hoc prius, quantum licet, certum facere. Sic est in iurisdictione ex caussis constituenda earum caussarum distributio, ut ex iis qui iurisdictionem habent, quidquam specialiter præficiantur [9] certis caussis cognoscendis et iudicandis, quidam simpliciter et generaliter iuri dicundo: ut sit priorum velut specialis iurisdictio; posteriorum generalis.

IX. Certis tantum caussis ut plurimum magistratus et iudices præfici, hæ species apud Romanos docent, eædem fere et in omnibus locis usurpatæ. Fuerunt enim, qui præficerentur criminibus cognoscendis; alii, qui caussis civilibus et pecuniariis, ex quo alii criminales iudices dicti, alii civiles, indicat *tit. C. de effic. civi. iudic.* item *titu. ut iudic. tam civil. quam militar.* In pecuniariis caussis quidam præfecti caussis fiscalibus; quod genus magistratus Romanis dictus est procurator fisci, procurator Cæsaris, rationalis. *titu. D. de offic. procur. Cæsar. titu. C. ubi caus. fisc.* Alii caussis privatorum. Et in his ipsis privatis caussis certæ species tantum earum quibusdam attributæ; ut fuisse legimus prætores Romæ, qui de fideicommissis solum ius dicerent. *L.* 2. §. *capta*, vers. *Divus*, *D. de origin. iur.* Fuerunt etiam apud [10] quos de caussis quidem omnibus, verum ad certam tantum quantitatem age-

8) Ideoque jurisdictio, quæ nulla est, extendi nequit, deficiente subjecto. Atque hoc est quod vulgo: Prorogationem jurisdictionis de loco ad locum admitti, si conveniatur, ut alio loco judicetur, quam qui receptus, modo intra territorium (et modo is locus non exemptus *C. cum Episcopi*, *et ibi Gl. de off. ord.* Schrad. *de Feud. P.* 2. 9. *Partis princ. Sect.* 3. *n.* 157. M. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisd. C.* 33. *n.* 15.) veluti aut alibi quam pro tribunali, vel ut Bocer. ut judex Noribergensis ex. gr. Altorfii judicet. Non vero admitti, si extra territorium potestas judicandi transferatur, veluti ut Noribergensis Erfordiæ ex. gr. judicet. Quod ipsum tamen licere eo casu docent, quo consensus judicis illius loci accessit, Bald. *in L. ult. de iurisd. n.* 6. Lud. Rom. *Singui.* 50. limitans tamen nisi jure speciali competat) Monach. *in C. significasti* 18. *extr. de foro comp. n.* 12. *et seq.* Knih *de Sublim. territ. Jure Cap.* 4. *n.* 6. Boc. *de Jurisdict. C.* 7. *n.* 40. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 42. M. Steph. *Lib.* 1. *C.* 21. *n.* 27. *et seqq.* Et tunc requiri expressum consensum litigantium, nec tacitum sufficere. P. Foller. *in Addit. ad Marant. P.* 4. *Distinct. iudic.* 12. *n.* 4. Quæ exceptio (nisi judex loci consenserit) recepta opinione nititur: ast juri Justinianeo vix conveniens, per ea quæ Donellus hic et arg. *L. pe. de off. præs.* Nisi quis dicat consensum illum habere vim mandatæ jurisdictionis, quod difficultate non vacat, nec recipi potest, quando ex. gr. inter cives Lipsienses convenit; ut judex ipsorum ordinarius Magdeburgi jus dicat. Aliam exceptionem plerique tradunt in jurisdictione voluntaria, cujus actus extra territorium expediri posserentur, cum in sui exercitio loco non circumscribatur *L.* 36. §. 1. *de adopt. L.* 2. *pr. de off. præcons.* Unde *d. L. ultim. de iurisdict.* de contentiosa solum exaudiunt. Duar. *ibid.* Marc. de Mantua *Singul.* 141. Bocer. *de Iurisdict. C.* 3. *n.* 22. Knich. *de Sublim. territ. iure Cap.* 1. *n.* 344. Covar. 3. *Resol.* 20. *n.* 4. reprobans distinctionem quorundam, an jure communi ordinario competat, an speciali et ex privilegio, Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisd. C.* 33. *n.* 24. *et seqq.* Idemque tradunt de investitura et quæcunque caussæ cognitionem non requirunt *d. C.* 33. *n.* 30. *et seqq.* Quanquam in priori illo speciale quid in Proconsule agnoscere videatur Cujac. 20. *Obs.* 37. et Thom. Mich. *de Iurisdict. Conclus.* 245.

9) Unde Paurmeist. *L.* 1. *Cap.* 10. *n.* 23. jurisdictionum aliam generalem, aliam specialem facit: Sic caussæ feduales a domino feudi vel paribus curiæ dijudicantur, vid. Bocer. *C.* 3. *n.* 55. *et seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 2. *P.* 1. *C.* 7. *membro* 4. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 10. *n.* 27. *et Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 90. *et seqq.* præter Feudisticos DD. quos referre non est præsentis instituti. Sola vero feudi cognitio ordinariæ jurisdictioni non subjicit vasallum alias non subjectum domino, nisi in controversiis feudalibus. vid. Paurmeister. *Lib.* 2. *C.* 8. *n.* 41. *et seq.* exceptionem habens *n.* 49. nisi ex spontanea eorum subjectione vel conventione, aut præscriptione aliud obtineat. Sicuti in Curia Electoris Saxoniæ Comites et Barones, qui extra ditionem illius domicilium habent, si feudum aliquod ab Electore recognoscant, quin immo etsi nec feudum ullum possideant, sed de eo simultanee tantum investiti, in personalibus quoque respondere et actiones excipere tenentur. Simon Ulric. *Obs. Curiæ Lips. Cap.* 8. *et* 9. quæ habentur suppresso, ut plures aliæ nomine, *Thom.* 3. *Consultat. Saxon. P.* 3. *Q.* 11. *et seqq.*

10) Veluti defensores civitatum, quibus olim ad 50. solidos usque jurisdictio *L.* 1. *C. defens. civit.* postea ad 300. aureos prolata *Nov.* 15. *Cap.* 3. §. *ultim.* ubi Cujac. Vult. *ad L.* 1. *Cod. de Iurisd. n.* 36. P. Greg. 18. *Synt.* 18. *n.* 5. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *C.* 6. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 31. *n.* 53. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 11. *n.* 21. Ubi si 400. petita, sententia plane nulla, et nec in 300. valet. Licet enim minor summa majori insit, coercetur tamen magistratuum conatus qui modum excedunt, ut Baro *ad L. ult. h. t.* Accedit quod instantia judicii non dividenda, nec eadem res coram diversis tractanda, Hiero. Alban. *Addit. ad Bart. in L. ult. de Jurisd. lit. H.* Majoris vero summæ caussas Proconsul audiebat, non obambulando omnes provinciæ civitates jurisdicendi gratia, sed stato anni tempore, hyberno cumprimis, cum a belli muniis vacaret, conventum indicendo et forum agendo, ut ex Cic. Livio etc. belle probat Ræv. *Protrib. C.* 14. Justa hanc quantitatem duos gradus jurisdictionis pro illis vulgatis, constituit Bocer. *C.* 3. *Sub fin.* ut primus contineat caussa, quæ excedunt 300. solidos, vel æstimationem non recipiunt. Alter quæ infra eam summam consistunt. Expedire enim reipublicæ, censet, caussas tenues ab inferioribus disceptari. Aliquando sane quantitas minor, quam ut cognitio sit ejus magistratus, sicuti ordinatione Cameræ cautum est de non recipiendis caussis infra 50. aureos Rhenanos, quæ summa postea ad 150. extensa est in Comitiis Spirensibus anno 1570. §. *ars vir damn.* Myns. 3. *Obs.* 89. et 5. *Obs.*

gere liceret. *L. si idem*, *D. de iurisdict.* Horum aliquid cum incidet, et lex certa erit, in promptu erit videre, quæ caussæ ad iurisdictionem magistratus cuiusque pertineant, quæque non pertineant: cum necesse sit eas pertinere, de quibus cautum est, eas autem de quibus cautum non est, non pertinere: atque horum utrumque ex verbis legis certum sit.

X. Solum ea species potest habere dubitationem, cum ad certam quantitatem jurisdictio data est: dum hoc quæritur, quæ quantitas intra hunc modum jurisdictionis consistere, quæ hunc excedere videatur. De quo hæc summa est Ulpiani sententiæ in *L. penult.* §. *ult.* et in d. *L. si idem*, *D. de iurisd.* solum eam excedere videri, quæ [11] petita est, non quæ debetur, ut si non ultra modum jurisdictioni præfinitum petatur, recta sit petitio, etsi multo plus debeatur. Rursum petitam non omnem, sed eam quæ modum jurisdictionis excedens ex una tantum caussa petatur, non quæ ex pluribus diversis caussis. Nam cum ex pluribus caussis diversæ summæ petuntur, etsi junctæ efficiant eam [12] quantitatem, quæ jurisdictionem excedat, pertinere tamen petitionem ad jurisdictionem judicis, si singulæ ex singulis caussis petitæ intra modum jurisdictionis consistant. Excipienda hic judicia divisoria, familiæ erciscundæ: communi dividundo, finium regundorum; in quibus etsi pars singulorum modum jurisdictionis non excedit, et singuli partem tantum petunt, tamen propter adjudicationem totius rei quæ in unum aliquem conferri potest, placet eas actiones ad jurisdictionem judicis non pertinere, si res tota in judicium deducta excedat quantitatem jurisdictionis. Hæc, inquam, de iis judicibus, qui certis caussis, aut certæ quantitatis præfecti sunt, in quibus caussarum designatio in costitutione magistratus, quid hic magistratui tribuatur, certum facit.

XI Non eadem certitudo est, cum quis generaliter præpositus est juri dicundo. Etsi enim recte dicetur verbo generali jurisdictionis, omnem jurisdictionem contineri, idest, de quibuslibet caussis: *L. si servitus*, *D. de serv. urban. præd.* tamen hoc ita est, nisi quid inde excipiatur. Sciendum est autem, quæcunque hic oratio est, quantunvis generalis in iurisdictione magistratui attribuenda, tamen de sententia legis eas caussas exceptas esse, quas aliis legibus et partibus iuris placet ea attributione generali non contineri, nisi quid aliud in attributione iurisdictionis nominatim cautum sit. Constat enim et priores leges ad posteriores, et posteriores ad priores referri, quasi unæ aliarum partes sint. *L. non est novum*, et duab. sequen. *D. de leg.* Ex aliis ergo partibus sciamus excipi duas species caussarum. Una est earum caussarum, quæ iure magistratus non competunt, sed specialiter tantum lege tribuuntur; cuius generis sunt species duæ; animadversio in facinorosos. *L.* 1. in pr. et §. 1. *D. de offic. eius.* item tutoris datio, ut supra suo loco diximus. *L. muto*, §. *tutoris*, *D. de tutor.* Quarum rerum cognitionem et iurisdictionem placet non deferri nisi specialiter: perspicuum est eam specialiter non tributam pro non tributa esse, eoque generali attributione iurisdictionis non contineri. Sane si cui præsidi hæc ante tributa competere cœperunt, intelligemus etiam successoribus omnibus eadem tributa, si successores in eumdem locum et idem ius cum prioribus vocati sunt: quomodo superiora postea præsidum propria facta esse iure Romano videmus *L.* 1. in princ. *D. de offic. eius.* Altera species est earum caussarum, quæ postea alicui magistratui ad id constituto specialiter attributæ sunt.

XII. Quæcunque eiusmodi specialis attributio in Reipublica incidet, hanc vim habere sciemus, ut quantum speciali isti magistratui tributum est, tantum de generali iurisdictione magistratus aut præsidis detractum intelligatur: fiatque hoc modo, ut non vocentur isti prior et posterior in communem iurisdictionem earum caussarum, quo liceat actori unum eligere, sitque is iudex propter præventionem: sed [13] solus sit iudex earum caus-

83. Gail. 1. *Observ.* 123. Vult. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 36. et novissime ad 300. florenos juxta deputationem Spirensem anno 1600. si recte Matth. Step. *Lib.* 1. *C.* 31. *n.* 55.

11) Attenditurque principium petitionis, nec si pendente lite valor rei creverit, judex fit incompetens, Bart. *in d. L.* 11. *n.* 2. ut in supremo imperii tribunali obtinuit Myns. 3. *Obs.* 100.

12) Non fit coacervatio summarum ad impediendam jurisdictionem, licet interdum fiat, ut in casu *L.* 9. *de pact.* favore debitoris, Govean. *ad d. L.* 11. *n.* 1. vid. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 21.

13) Vulgo contra sentiunt, jurisdictionem in una specie caussarum favore publico concessam in dubio censeri factam cumulative ratione ordinarii, cui jurisdictio universalis, ut apparet ex Menoch. 2. *Præsumpt.* 18. *n.* 26. *et seqq.* plures pro ea DD. sententia textus producente, sed quos plerosque vel impertinentes, vel ad casus speciales pertinere, ipse ostendit, exceptis *L. ult. C. h. t. et L.* 1. *C. de off. præf. urb.* quanquam *in d. L.* 1. quod nec diffitetur Menoch. *n.* 27. cura annonæ, specialiter concessa præfecto annonæ, disertis Imperatorum verbis, servatur etiam præfecto urbi, cui generalis jurisdictio. Unde argumentum præbetur quod, absque eo omnino jurisdictio. Undo argumentum præbetur quod: absque eo omnino jurisdi-

caussarum, cui illæ specialiter cognoscendæ datæ sunt. Quod ita esse et ratione iuris certa, et exemplo defenditur. Certi iuris definitio est, in toto iure generi per speciem derogari, et id potissimum haberi, viderique detractum de genere, quod ad speciem collatum est. *L. in tota iure, D. de regul. iur. L. si peculium*, 10. in princip. *D. de manumit. test.* Valeat ergo hoc ius et in iurisdictione, cum illa generaliter primo alicui tributa, postea species aliqua inde nominatim in alium confertur. Congruunt exempla magistratuum Romanorum huius generis. Prætore fideicommissario constituto, solus is esse cœpit, [14] qui de fideicommissis ius diceret, ea scilicet parte iurisdictionis prioribus prætoribus detracta. *Inst. de fideic. hered.* in princ. *L.* 2. §. *capta*, vers. *Divus*, *D. de origin. iur.* Quæ res fecit, ut divisis ita iurisdictionibus, recte diceretur alius prætor pro alio per errorem adiri posse, ut est in *L. si per errorem*, *D. de iurisdict.* Sic et constituto procuratore fisci, seu Cæsaris, cœperunt caussæ fiscales ad notionem eius pertinere, ita ut nec ad [15] proconsulis aut præsidis revocari possent. *L.* 1. *L.* 2. *C. ubi caus. fisc.* Nempe hactenus detracta ea parte iurisdictionis præsidibus, qui alioqui omnium rerum iurisdictionem habuerunt in provincia generaliter lege delatam. *L.* 4. *D. de offic. præsid. L. si in aliam*, §. *ult. C. de offic. proc.*

XIII. Hoc tamen ius in iis iudicibus probatum non est, quibus in eos, qui aliquam professionem aut negotiationem ideo ius dicere concessum est, quia summa cura eius professionis ad eos pertinet. Sic enim placuit istos quorum ea professio aut negotiatio est, supra scriptorum iudicum notionem defugere [16] non posse, ut nihilominus et præsidis ju-

ctioni generali derogaretur. Ad regulam, Species derogat generi. Resp. Menoch. *n.* 29. (1) locum habere in dispositione hominis, non legis, quod *d. L.* 80. refellit (2) locum non habere in jurisdictionalibus favore publico. Sed ut de his plenior habeatur cognitio, paucis de jurisdictione separata, quæ privative, et communi, quæ cumulative vulgo haberi dicitur, ut omissa a nostro suppleantur, dicemus. Utroque modo vel haberi dicitur quoad principem superioremve concedentem, vel quoad alium magistratum ab eodem constitutum. Nam respectu hujus privative competere potest, qua respectu Principis cumulative, Bocer. *C.* 8. *n.* 34. Forsan sic expedite. *Respectu sui princeps*, vel superior, aut tribuit jurisdictionem, *per collationem*, concessionemve. Et ita in dubio censetur quod sibi eandem vel majorem retinuerit, Menoch. 2. *Præs.* 18. *n.* 1. Coler. *de Process. P.* 2. *n.* 127. *et seq.* Myns. 6. *Obs.* 99. *n.* 2. *et* 3. Trentacinq. *Lib.* 1. *Resol. pract. Tit. de Jurisd. Resol.* 1. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 65. P. Heig. *Q.* 1. *Q.* 9. *n.* 20. *et P.* 2. *Q.* 25. *n.* 18. Bocer. *d. n.* 35. tum quod in generali sermone persona loquentis non contineatur, tum quod jurisdictio omnis in principe, ceu fonte resideat, vid. *supra C.* 7. *N.* 16. etsi privilegii titulo concessa, Zang. *d. n.* 65. per *C. dubium* 15. §. *his igitur de prabend. in* 6. ac etsi titulo oneroso, ut Heig. *d. Q.* 25. *n.* 21. juncto *n.* 2. Ideoque supremæ Curiæ Spirensi communicatam esse jurisdictionem, non a principe abdicatam, verius censent. P. Heig. *d. Q.* 9. *n.* 19. *et seqq.* Gotthof. Anton. *Disp. Antivult. in Coroll. Th.* 20. fuse Matth. Steph. *de Jurisd. Lib.* 2. *P.* 1. *C.* 1. *membro* 1. *n.* 218. et seqq. *Aut per abdicationem.* Sic tribui volunt quæ in feudum conceditur, feudove concesso annexa est, Menoch. *d. præf.* 18. *n.* 5. Coler. *d. C.* 1. *n.* 132. volens omni jurisdictionis potestate tunc se privare, solo retento jure superioritatis et regalium, Bocer. *d. loc.* quia, ait, feudum instar ususfructus, qui solius fructuarii est. Nec fere alias: nisi de voluntate concedentis doceatur, aut ita præscriptione quæsita sit, Coler. *d. loc. n.* 137. *et seqq.* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 13. Quam sibi vindicant civitates, quæ merum imperium habent ac magistratus suos sibi ipsis constituunt, Zang. *d. loc.* Unde in prima instantia superior adiri aut contra eos præventio induci nequit, Coler. *n.* 138. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 26. *n.* 18. *Respectu alterius* magistratus ab eodem superiore, constituti tribuitur, *vel per communicationem et aut pluribus*, non ut singulis, sed *ut universis*, quam communem vocat M. Steph. *d. C.* 26. *n.* 24. ubi singuli separatim exercere non possunt, sed omnes simul *L.* 37. *L.* 39. *de re iud. C. prudentiam* 21. *de off. deleg.* nec præventioni locus, Menoch. *d. Præf.* 18. *n.* 8. *et n.* 38. Bocer. *d. C.* 8. *n.* 46. Exempla in *L.* 8. *et L. ult. C. Ubi. Cap. fisc. L.* 38. ibi, *communi audientia etc. C. de appell.* Majoris tamen patris præsentia et cognitio sufficiet, si collegio alicui ita tributa sit, arg. eorum quæ habet Gail. 2. *de Pac. publ.* 7. *n.* 16. *et. seqq.* alias contra per *d. L.* 39. diss. Bocer. *n.* 47. *Aut singulis in solidum*, ubi plures parem habent jurisdictionem, seu concurrentem, ac quisque separatim ejus exercitium habet, nec quis ab initio adeatur refert, sed uno adito alterius jurisdictio præventa est, Vult. *ad L.* 4. *C. de Jurisdict. n.* 25. Matth. Steph. *d. C.* 26. *n.* 3. *et seqq.* Decian. 4. *Tr. crim.* 20. *n.* 2. Marta *de Jurisd. P.* 2. *C.* 2. *n.* 4. Ita habetur quando jurisdictio generalis et ordinaria eodem in loco pluribus tributa, Menoch. *d. Præs.* 18. *n.* 8. Talem fuisse jurisdictionem consulum, Bocer. *d. lo. n.* 43. *per L. un.* §. 1. *de off. cons.* itemque Prætoris peregrini, quem caussas etiam civium judicare potuisse, et concurrentem habuisse jurisdictionem cum urbano, Menoch. *n.* 27. Bocer. *n.* 38. *per L.* 2. §. 28. *de O. I. v. plerumque*; cum quibus non facio. Confer. Sigon. *Lib.* 1. *de Antiq. jur. civ. Rom. C.* 20. Sic Vicarius a lege vel principe assignatus jurisdictionem concurrentem cum magistratu illo habet per *not. C. præced. N.* 9. Non item quando specialis judex ad certas caussas vel inter certas personas generali adjungitur, etsi ut supra DD. regulariter et in dubio contra statuant. Et hæc est concurrens jurisdictio magistratuum ejusdem territorii. Aliquando concurrens jurisdictio inter judices diversorum locorum, ubi æque præventioni locus, ut cum in eadem caussa alius judex ratione domicilii, alius ratione contractus initi vel solutionis collatæ. Item si delictum in unius ditione inchoatum, in alterius perfectum *L.* 1. *C. Ubi de crim.* Matt. Steph. *d. C.* 26. *num.* 8. Quandoque etiam jurisdictiones inferiores, inter se separatæ alias, concurrunt in una superiore, quando scilicet ne reus in diversa judicia distrahatur, adiri potest judex omnium communis, vid. Vult. *ad L.* 4. *C. h. t. n.* 25. *Vel per abrogationem* (Nota. Per abdicationem dixi conferri, quando judex ad principem concedentem jurisdictionem habet privative, veluti vasalli, ut supra: per abrogationem vero, quando judex specialis ad judicem generalem, qui uterque tamen ab eodem principe jurisdictionem agnoscunt, habet privative, ubi hujus costitutione potestati illius aliquid abrogatur *L.* 1. *C. de off. præf. urb.* principis autem nihil, ad quem nihilominus uterque jurisdictionem agnoscunt cumulative, juxta vulgares terminos) uti regulariter quoties specialis cognitio, certarum personarum caussarumve ratione tribuitur, alias judici universali cæterarum caussarum competitura, ut hic noster. Quanquam vero Menoch. *cum DD. ut supra* et Georg. de Cabedo *P.* 2. *Decis.* 13. Marc. de Mantua *singul.* 99. regulam contrariam constituant, plures tamen casus excipiunt, quibus privative jurisdictionem habere judicem specialem ratione generalis, concedunt. Ut quando magistratus civitatis alicujus jurisdictionem habuit etiam in oppidis et castris subjectis deinde datur judex specialis illi castro, vel oppido, per *Nov.* 115. *C.* 3. *in fi.* Menoch. *d. lo. n.* 11. Item si judex duobus ante oppidis jus dixit, quorum alteri novus deinde judex datus, Menoch. *n.* 15. Aut si favore personarum jurisdictio alteri concessa, Cabedo *d. Decis.* 13. *n.* 9. Menoch. *d. lo. n.* 17. vel privilegio ejus, cui concessa est, idem *n.* 23. Item si præscriptione acquisita, maxime si, contra quem præscriptum, prohibitioni acquievit, ibidem, *n.* 24. *etc.* Cumprimis vero quando per verba taxativa ad certum caussarum genus concessa. Menoch. *d. lo. n.* 13. Bocer. *d. C.* 8. *n.* 37. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 2. merito reprobans contra sentientes. Quæ enim alias vis erit taxativæ. Exempla *L. viros* 8. *C. de divers. of. L. ult. C. Ubi cav. fisc.* ex qua tamen quidam contrarium perperam adstruunt, quasi illo casu etiam rector provinciæ cognoscat, per *L.* 8. *C. eod.* atque ita nec per verba taxativa *d. L. ult.* jurisdictio illius generalis adempta censeatur. Nam species dd. LL. diversas ostendit Menoch. *d. lo. n.* 28. Bocer. *d. C.* 8. *n.* 39.

14) Vid. Vult. *ad L. un. C. ubi fid. peti. n.* 20. *et seq.* Sc. Gentil. *Lib.* 2. *de Jurisd. Cap.* 22. *p.* 280. *et seqq.* add. *supra Lib.* 7. *C.* 24. *N.* 1.

15) Male igitur et contra *d. L.* 2. docent Menoch. 2. *Præs.* 18. *n.* 28. et Bocer. *de Jurisdict. C.* 8. *n.* 39. jurisdictionem Procuratoris Cæsaris exerceri quoque a Proconsule posse, per *L.* 9. *de off. procons.* ubi voculam *melius* dicunt esse comparativam. Sed imo positivæ vim ibi habet, ut in *L.* 1. *de inoff. test.*

16) Non tamen nisi in caussis, quæ ad negociationem eam, seu artificium collegii spectant, vid. Foller. *in Addit. ad Marantam P.* 4. *Dist. iudic.* 9. *n.* 88. *et seqq.* Gail. 2. *Obs.* 20. *n.* 9. sive publicæ

jurisdictioni sint subiecti; sitque ex istiis [17] is judex, quem actor elegerit, idest, ad quem ab actore illi in jus vocati fuerint. Cautum in *L. ultim. C. de jurisd.* quæ cum [18] exceptio sit in his iudicibus, haud dubie exceptio in reliquis specialibus magistratibus et iudicibus superiorem sententiam confirmat. *argum. in L. quæsitum, §. idem respondit, domo instructa, D. de inst. inst. leg.*

XIV. Descriptione et attributione caussarum superiore cognita, hæc iurisdictioni cuiusque magistratus et iudices in caussis cognoscendis legem et modum dabit, eritque hic modus, ut de caussis sibi attributis recte cognoscat iudex; extra has sciamus magistratus iurisdictionem non esse, et quidquid hic statuerit, supra iurisdictionem statuisse videri, proinde iudicati auctoritatem non habere, tantum statutum a non suo, seu a non competente iudice. Quod definitum est in *L. ultim. D. de jurisd.* his verbis; supra iurisdictionem suam ius dicenti impune non pareri. Supra iurisdictionem suam ius dicit, qui dicit in suo territorio quidem, sed [19] supra modum iurisdictioni suæ præstitutum, id est, extra caussas aut personas iurisdictioni suæ attributas. Hoc qui facit, negat definitio cogi quemquam ei dicto parere, ac non parere vult licere impune. Quod et multis exemplis iuris civilis confirmatur. Hinc enim sunt illa: [20] Latrunculatorem de re pecuniaria iudicare non posse. *L. solemus, §. ultim. D. de judic.* quia scilicet latrunculator est, cui provincia mandata est in latrones inquirendi, deque his statuendi: proinde et quæ huius notio est de re pecuniaria, supra eius iurisdictionem. Item, procuratorem Cæsaris non esse competentem iudicem in lite privatorum, et quod dixerit inter privatas personas, nullo iure valere. *L. 1. C. de iurisdict. omn. iud. L. 1. C. de pedan. iudic.* Nempe quia ita constitutus est, ut de caussis fiscalibus inter fiscum et privatos cognosceret. *L. 2. L. ad fiscum, C. ubi caus. fisc.* Item qui ad certam quantitatem iudex constitutus est, extra hunc modum ius non dicere. Unde quæstio, quando videatur hic modus excedi, *d. L. si idem, D. de iurisd.*

XV. Quod tamen dicitur extra caussas jurisdictioni suæ commissas nulli ius dicere licere, sic accipiendum est, ut non liceat adversus invitos. In consentientes etiam in aliis caussis erit iurisdictio. *L. 1. D. de jud.* de quo amplius in commune dicetur proximo capite. Quinimmo et adversus invitos interdum porrigitur in aliis quoque caussis iurisdictio iudicis certis caussis definita. Quod fit, cum non caussa alia defertur ad iudicem principaliter, sed eius caussæ quæstio in iudicium apud eum recte institutum incidit. In quo utilis definitio tenenda est, quæ traditur in *L. 1.* C. de ord. iud. *Pertinet*, aiunt Imperatores, *ad officium iudicis universam* [21] *in-*

sint, universos collegas concernentes, sive privatæ singulos. Nam ut Bald. *in d. L. ult. in fin.* Titius mercator duplicem respectum habet (1). Ut mercator; sic subest præfecto mercatorum et statuto (2). Ut Titius alius civis; sic subest magistratui ordinario et civitatis legibus ac statutis, Vult. *ad d. L. ult. n.* et Matth. Steph. *Lib. 2. de Jurisd. P. 2. C. 8. n.* 15. Nec tantum si adhuc collegiatus sit reus, sed etiam si fuerit tempore negociationis. Exemplum habet Sich. *ad d. L. ult. n.* 3. Pellio ex emptione pellium debet, 100. Postea pellionum tribu relicta associat se collegio mercatorum. Convenitur recte coram judice pellionum. Vult. *ibidem n.* 25. Matth. Steph. *d. C.* 8. *n.* 8. arg. *L. ult. C. Ubi de ratiocin.* Hos vero judices putat Duar. *de Judic. Cap. de Foro comp. f.* 165. non ab opificibus ipsis, vel mercatoribus constitui, ne obstet *L. 3. C. h. t.* sed curam illam mandari *d. V.. ult.* scilicet a civitate vel Republica, in qua munus exercetur lege municipali. Licet enim, ait, legibus se et pactionibus obstringere, atque ita statuta condere possint *L. ult. de colleg.* (adde *L. 2 in fin. C. de constit. pecun.* ac vid. Bodin. 3. *de Rep.* 7. Vinc. de Franch. *Dec.* 2. *n.* 30. *et seq.* et intellige si sint rationabilia, cujusmodi negat esse illud ut quod unus cepit, alteri perficere non liceat, post Moll. 2. *Sem.* 15. *n.* 1. Matth. Steph. *d. C.* 8. *n.* 24.) tamen de his, quæ suæ sunt negociationis. Jurisdictio vero publici juris est. *Ita* Duaren. et probat Olrecht. *de Iurisd. C.* 6. *n.* 70. Verum recte Vult. *ad d. L. ult. C. h. t. n.* 18. ac Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisd. C.* 38. *n.* 30. *et Lib.* 2. *P.* 2. *C.* 8. *n.* 19. Bronchor. 1. *Misc. Ass.* 10. eligi quoque posse hos judices ab ipsis collegis, vel eorum potiori parte, neque specialem jurisdictionis concessionem a superiore, quin nec confirmationem requiri. Sed eo ipso, quod eligantur, simul jurisdictionem ipsis conferri: Non tam quod collegiati non singuli ut privati spectantur, sed in universitate, quam quia collegio ab initio auctoritate principis constituto simul potestas data eligendi judices de caussis suæ artis ac professionis, qui sine jurisdictionis exercitio nulli.

17) Ut habeant jurisdictionem concurrentem, ille ex generali, hic ex peculiari potestate, et coram uno conventus forum declinandi ac ad alterum revocandi jus non habet, Vult. *ad d. L. ult. n.* 26. Matth. Steph. *Lib. 2. P. 2. C.* 8. *n.* 3. *et* 4. Vincent. de Franc. *Decis.* 88. *n.* 4. Caveri tamen collegii decreto posse, censet Bodin. 3. *de Rep.* 7. *n.* 334. sub certa pœna, ne quis collegarum litem cum collega alib tractet, judicarive patiatue, per *L. ult. D. de decret. ab ord. fac* ubi etsi vox δικάσηται versa legatur *iudicaverit*, melius tamen forsan vertetur in jus vocaverit vel litigaverit. Sic in Regno Neapolitano artem Serici tractantes, coram consulibus ejus artis conveniendi, Vinc. de Franc. *Decis.* 363. *et* 679. Ac certe ut Bod. idem *n.* 333. interest collegii caussas collegarum aliis non committi, quia singulis fere sua quædam sunt arcana, aliis nec percepta nec cognita. Nec quisquam commodius de mercaturæ negociis judicabit, quam illis exercitus. Unde illud *peritis in arte credendum esse.* D. judicio mercatorum ejusque specialibus etc. vid. Marant. *Specul. aur. P.* 4. *Distinct.* 9. et imprimis in add. *ibi* P. Foller *n.* 48. *et seqq.* Gail. 2. *Obs.* 20. Rainal. Corl. 2. *indag.* 27. Benven. Straccha *de Merca.*

18) Non hæc tamen sola, sed et alia in *L. 1. C. de off. præf. urb.* ubi jurisdictio præfecti annonæ specialis concurrit cum generali potestate præfecti urbis. Itemque alia in *Nov.* 60. *C.* 1. §. 1. ubi in caussa prohibiti sepulcri jurisdictio tribuitur magistro officiorum et præfecto prætorio, nec præfecti urbi jurisdictio, cujus antea de eo notio *L. 1. pr. de off. præf. urb.* quoad illam minuitur aut restringitur. Bocer. *de Jurisd. C.* 8. *n.* 40. *et seq.* Unde Menoch. 9. *Præf.* 18. *n.* 21. quando odio certarum personarum jurisdictio alteri judici tribuitur, cumulative illam concedi, vid. *supra N.* 13.

19) Ita Cujac. *ad L. 1. de V. S.* supra summam certam accipiens *d. L. ult.* de magistratibus municipalibus, arg. *L.* 35. *C. de decur.* add. Duar. *ad tit. D. de iurisd. C.* 6. *n.* 7.

20) Duar. *ad t. D. de Judic. Cap. de Judic. f.* 154. Coras 3. *Misc.* 17. *n.* 9. Cujac. 19. *Observ.* 11. docent eos Græce λῃστοδιώκτας vocari, ex instituto Augusti profectos, et Vult. *ad L. 1. C. h. t. n.* 100.

21) *L. 1. C. de off. rect. provinc. L. 3. C. de iudic.* quia cui concessum consequens etc. *L.* 56. *L.* 62. *de Procur.* Nam si non expedita quasi incidente de principali negocio statui nequit, de ea summarie

incidentem quæstionem quæ in iudicium devocatur, examinare, etsi super ea caussa principaliter cognoscere non possit: et addunt rationem, quoniam non de ea, sed de re in iudicium principaliter deducta iudex pronuntiat. Finge peti hereditatem ab eo, qui se filium defuncti diceret: hunc a possessore hereditatis summoveri, quod dicatur filius defuncti non esse; aut etiam servus esse. Ex hoc conflictu incidet in iudicium petitionis hereditatis quæstio de statu huius filii. Si proponas peti hereditatem apud eum iudicem, qui de statu cognoscere non possit, possit tamen de hereditate, nihilominus et is in hac quæstione cognoscet de statu: et si actorem cognoverit filium esse defuncti, iure possessorem ei de hereditate condemnabit: sin aliter, absolvet.

XVI. Sed quoniam superior definitio ex ea lege petitur, quam dixi, nec nisi eo loco cognito ipsa definitio satis intelligi potest, est autem locus admodum obscurus: consultum puto et e re proposita, paucis eius rescripti sententiam hoc loco exponere. Unde et definito ipsa certius nobis constituatur. Species facti huiusmodi: Testatori, qui extraneo herede instituto decesserat, postumus natus est. Is postumus per tutores suos, et matrem (nam hos inscriptio rescripti significat) hereditatem vindicabat; quod diceret testamentum ruptum esse agnatione postumi. *L. 1. L. 2. D. de iniust. rupt.* testamento rupto se ab intestato legitimum patri heredem esse. Heres scriptus ita hunc summovebat. Negabat filium esse defuncti: ex ancilla defuncti natum esse dicebat, non ex uxore. Quæsitum est, quia hic incidebat quæstio de statu, an caussa nunc quidem agi posset apud præsidem, quasi is de statu cognoscere non possit. Rescribunt Imperatores nihil impedire, cur non possit agi, etsi super status caussa cognoscere non possit. Et subjiciunt eam definitionem quam supra dixi: de qua minus dubitaremus, si verum esset hoc quod prius dicunt Imperatores, præsidem super caussa status cognoscere non posse. At hic nobis occurritur. Non modo enim certi iuris est, præsides de statu potuisse cognoscere; sed etiam solos potuisse. Testatum in *L. 1. C. de ordin. cog. L. 2.* in fin. *C. de ord. judic.* Non necesse est hoc loco persequi verbis, quam misere omnes [22] interpretes hæc verba torserint, quid item ad eorum explicationem attulerint, id ex ipsorum scriptis cognosci potest. Ego et præsides de statu cognoscere potuisse ex superioribus locis certum habeo, neque id hoc rescripto negari existimo: quanvis de præside ipso, non de iudice a præside dato loqui Imperatores non sit obscurum. Quid ergo illa verba sibi velint, tam clare scripta, etsi super status caussa cognoscere non possit? Dictum hoc est non affirmanter, sed concessive, seu malumus, potentialiter augendi caussa, quasi ita dicerent: quæstio status in proposito notionem præsidis non impedit, etsi concederemus eum de statu cognoscere non posse: seu etsi jus ita se haberet, ut de statu cognoscere non possit: sitque hæc sententia. Tantum abest, ut per quæstionem status in judicium de hereditate incidentem impediatur notio præsidis, cum principaliter de statu possit cognoscere; ut etiamsi de ea cognoscere non possit, nihil id tamen futurum fuerit impedimento. In eo non est, quod hæsitetur, quod quæstionem, quæ hic movetur ad-

coguoscendum, ne continentiæ caussæ dividantur, Wes. *ad d. L. 3. n. 3. et 4.* Hotom. *ad d. L. 3.* Judicem de incidenti cognoscere obiter tantum quatenus ad principalis negocii cognitionem spectat, non autem statuere et pronunciare posse, quia non de alia re sententia valeat, quam quæ in judicium deducta. Sed de eo vid. *Rob. 1. Sent.* 12. Menoch. *Arbitr. Cap.* 167. P. Frider. *de Process. extr. Lib. 3. de Cont. causs. C. 5. n. 13.* Fachinæ 1. *Contr.* 43. Quid si incidat quæstio spiritualis in caussa civili, an suspenso principali negocio ad Ecclesiasticam remittenda? Quidam id volunt, etsi in facto consistat, Fachin. 1. *Contr.* 44. Contra vid. Bart. *in L. 2. de Jurisd. n.* 4. Wesen. *ad d. L. 3. n.* 8. Gœd. *de Sequestr. C. 1. n. 38. et seqq.* Bocer. *de Jurisd. Cap. 3. n. 27. et seqq.* Thom. Mich. *Conclus. de Jurisd.* 41. *et seqq.*

22) Quomodo etiam noviores, sed ita ut verba illa, non de præside, verum de judice dato exaudiant. Unde ne priora refragentur, varie verba exponunt vel immutant. Govean. 1. *Var. Lect.* 34. et Jo. Travard. *ad* §. 13. *I. de act. n.* 15. et Wesenbec. *ad d. L.* 1. in verbo *docere* subaudiunt illa: judicem a præside datum, quia illis verbis *adire presidem*, necessitas cognoscendi præsidii non injuncta est, *L. 8. et seq. de off. præs.* Hotom. 6. *Obs.* 6. post verbum *cognoscere* inserit voculam *index*, caussam sic constituens plane contrario modo, quam Donellus noster et alii. Scriptus heres petiit hereditatem. Objicitur agnatione postumi ruptum esse testamentum. Replicatur postumum non esse filium, forte quod natus 11. mense: Quæritur an judicio de petitione hæreditatis pendente, apud pedaneum incidens caussa status ad præsidem revocari possit. Ratio dubitandi *in L. 30. de iudic. et sim.* Deciditur quod sic. Ratio decidendi; quia quæstio hæc ejusmodi de qua judex delegatus statuere nequit *L. 7. C. Ne de sta. def.* Subditur, in vers. *pertinet*, Recuperatorium judicium nihilo minus ad exitum perduci *L. 3. C. de iudic.* quia aliud est cognoscere pronunciandi caussa, aliud obiter et incidenter. Ita Hotomanus. Quæ expositio vix est ut probari possit, pluribusve reprobari debeat. Quia sic in d. vers. *pertinet*, nihil minus quam ratio superiorum redditur, quam tamen reddi convincit vocula *enim* quæ caussalis. Goth. *in d. L.* 1. pro *præsidem provinciæ*, reponit præsidis provinciæ delegatum. Quo etsi omnem difficultatem tolli existimet A. Fab. 17. *Conject.* 8. displicet tamen illi quod vox *delegatum*, elegantia illius temporis, quo rescriptum editum non conveniat. Putat enim antiquos nunquam verbum delegandi usurpasse, nisi in specie novationis, quæ delegatio nuncupatur. Quæ liquidi erroris arguuntur, ex *L. 1. pr. de off. ejus cui mand. L. 1. de dam. inf. L. 2. D. ad L. Jul. pecul.* Ipse vero Faber verba *accepto judice* interserit, legens *et accepto iudice ruptam etc.* quia verbum *docere* probationem denotat, quæ ex veteri judiciorum ordine non apud præsidem, qui cognoscere non poterat, sed judicem datum expediebatur. Sed absit ut hujusmodi depravationes textus unquam prebemus. Si cui Donelli nostri solutio non satis faciet, facile patior ut accedat Marco Lycklamà 4. *Membran.* 9. sic exponenti: etsi super status caussa cognoscere non possit, scilicet ob personam cui status quæstio movetur jurisdictioni suæ non subjectam, ut si ex alia provincia fit, quam in qua lis hereditaria movetur.

adversus pupillum, dicamus repræsentari, quæ alioqui edicto Carboniano iubetur differri in tempus pubertatis. *L.* 1 *D. de Carbon. edict.* Tum enim iubetur differri, cum impubes bonorum tantum possessionem petit, non etiam cum ultro petit hereditatem: quod hic factum est. *L.* 3. §. *ult. D. de Carbon. ed.* Hoc posito, etsi præses super caussa status cognoscere principaliter non posset, nihilominus eum in proposito de statu actoris impuberis potuisse: restabat, ut eius sententiæ redderent rationem, quia ipsi secum pugnare videbantur. Subiiciuntur ergo eam rationem, quam supra posui, atque ita definiunt: pertinet enim, aiunt, ad officium iudicis, qui de hereditate cognoscit, universum incidentem quæstionem quæ in iudicium devocatur examinare. Recte: quia, ut alibi Ulpianus scribit, iudici statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudice versantur, id est, quæ ad rem in iudicium deductam cognoscendam, præstandamque pertinent. *L. ædiles*, §. *pen. D. de ad. ed.* Et certe si iudicium de re aliqua iudici commissum est etiam illa commissa intelliguntur, sine quibus iudicium exerceri non potest. *L.* 2. *D. de iurisd.* Verumtamen supererat hic illa obiectio, quod si præses de statu iudicare non potest, ut imperatores posuerunt, ne nunc quidem videatur de eo posse cognoscere, quia futurum sit, ut et nunc de eo iudicet. Ergo et hoc in extremo summovent. Pertinet, inquiunt, ad iudicis officium omnem incidentem quæstionem examinare, neque eo impedietur, quod de ea pronuntiare non potest. Nam ne nunc quidem de ea, sed de hereditate, de qua iudicium institutum est, pronuntiat. At hoc etiam nos remorari potest. Quid enim refert, dixerit aliquis, de incidente quæstione iudicatum non esse principaliter, si id re ipsa eundem effectum habeat? quod quidem hic accidere videtur. Finge præsidem pronuntiare impuberis esse hereditatem. Vi ipsa eum liberum esse dicit: neque possessor unquam hereditatem ab eo tanquam a servo vindicabit, obstante ei rei iudicatæ exceptione. *argum. L.* 3. *L. si quis cum*, §. *si ancillam*, *D. de exc. rei iud.* Sed non ideo hoc idem valet, atque si de statu impuberis principaliter actum et pronuntiatum esset. De hereditate quidem ipsa cum petitore tanquam qui ob suprascriptas caussas heres non sit, agi non potest. Sed si is qui de hereditate victus est, eumdem illum petitorem servum suum esse ex alia caussa intendat, nihil obstet ei, quominus id faciat. Aut, quod victor adversus alias personas pro libero non habebitur, cum si de eius statu iudicatum esset, haberetur; vis hæc est præiudicii. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *L.* 3. in princip. *D. de liber. agnosc.*

CAP.

CAP. X.

In quas personas sit cujusque judicis jurisdictio: ac primum, quatenus in consentientes.

Methodus, ejusque ratio. I.
In quas personas sit jurisdictio ex jure æstimari, non ex constitutione magistratus. II.
Subjici quemque jurisdictioni aut volentem, aut invitum. In volente concurrere tria oportere. III.
1. *Ut litigantes se subiiciant iurisdictioni, conventione vel facto.* IV.
Conventione vero non nuda, sed legitima, et quare. V.
Facto ita si litis contestatio secuta. Hoc conventione sola efficacius et quomodo. VI.
2. *Ut iidem consentiant in iudicem. Dissensus a quo probandus.* VII.
Dissensum faciunt error, et violentia; quatenus utrumque, et quale. VIII.
3. *Ut ille in quem consentiunt, habeat aliquam jurisdictionem.* IX. X.
Sive propriam sive delegatam. Contrariorum refutatio. XI. XII.
Etsi habeat certis limitibus circumscriptam; extra eos fines cognoscere illum inter consentientes. XIII. XIV.
Præterquam si novæ causæ exequendæ non sufficiat illius jurisdictio. XV.
Alia excipi ab Accursio, quæ auctori non probantur; quæ illa. XVI.
Contraria jurisdictioni prorogatæ in consentientes refelluntur. XVII. XVIII. XIX.
Quæ jurisdictionis prorogatæ vis et effectus. XX.

I. Constituta iurisdictione iudicis tum ex territorio, tum ex caussis iurisdictioni eius attributis, etiam illa pars superest non minus ad iurisdictionem constituendam pertinens, in qua de personis quæritur, in quas sit iurisdictio. Non enim, ut proposui, omnes cum quibus agitur, iurisdictioni iudicis subiecti sunt, quantumvis conveniantur in territorio iudicis, et in caussis ad iurisdictionem eius pertinentibus. Quid enim, si is qui ad eum vocatur, sit exterus, non subiectus eius territorio, et ut veteres loquuntur, quid si sit ex aliena iurisdictione, aut alterius fori? sic enim verba sunt Ulpiani in *L.* 5. *L.* 7. *D. de jud.* Restat igitur, ut hoc quoque tertium constituamus ad definiendam omnem competentem iurisdictionem, in quas personas sit cuiusque iudicis iurisdictio: et quod idem est, quæ personæ cuiusque iudicis iurisdictioni subiectæ sint.

II. In quo quid sequamur, non ut in superioribus partibus ex constitutione magistratus, sed ex jure de hac parte constituto potissimum sumitur. Sane interdum etiam hic constitutio magistratus rem aliquatenus explicat. Sunt enim, qui ipsa lege præficiantur nominatim certis personis, quales sunt judices militares: sic constituti, ut inter milites tantum jus dicant: quo in numero fuit apud Romanos magister militum. *L. magisteriæ, C. de juris. omn. jud. tit. C. ut iud. tam civi. quam mili.* qualis procurator Cæsaris; cujus iurisdictio fuit inter [1] fiscum tantum et alias personas. *L.* 1. *C. de pedan. jud. L.* 1. *D.*

1) Itemque privatos utrinque, si actio occasione contractus cum fisco oborta, ubi in arbitrio actoris judicem alium an procuratorem Cæsaris adire velit, si recte Vult. *ad L.* 4. *C. Ubi cau. fisc. n.* 2. per eum textum improbans Accursium *n.* 5. qui vult ibi prorogatam esse jurisdictionem. Omnis autem hujus notio in pecuniariis. De fiscalibus caussis criminalibus præsidum vel proconsulum jurisdictio. Qua de re, et de officio hujus magistratus, vid. Briss. 3. *Antiq.* 18. Cujac. 19. *Obs.* 15. Vult. *ad L.* 1. *C. de Iurisd. n.* 41. *et seqq. et ad L.* 1. *C. Ubi cau. fisc. n.* 7. *et* S. Bocer. *de Jurisd. C.* 7. *n.* 5. Paurmeist. *Lib.* 2. *C.* 4. *n.* 119. Padilla *in L. si manifesti* 7. *C. de serv. n.* 4. Marcell. Donat. *Dilucid. in Sueton. pag.* 641. *et seq. etc.*

D. de jurisdict. qualis Rector universitatis inter studiosos *ex auth. habita C. ne fil. pro patr.* Quorum iurisdictioni cum personæ certæ nominatim attribuantur, ipsa hæc constitutio satis loquitur in eas personas judicis jurisdictionem esse, in cæteris non esse. Sed tamen ne hoc quidem posterius in his est perpetuum. Est enim his ipsis iudicibus et in alias personas ex certis caussis jurisdictio; de quibus postea suo ordine. Et ut in his esset perpetuum: tamen pertineret ad paucos judices. Raro fit enim, ut in certas istas personas judices constituantur; ubi autem non costituuntur, quæ maxima judicum pars est, ibi non aliunde sumi potest, quam ex juris definitione, in quas personas sit eorum judicum jurisdictio. Quod cum pertineat etiam ad priores, reliquum est, ut quid hic jus constituat, in commune dicatur.

III. In quo non idem servatur in omnibus, sed ut caussæ esse videntur, ita varie jus constitutum est. Est autem in eo hæc summa distinctio: Interest enim, utrum cum consentiente; nec iurisdictionem iudicis detrectante agatur, an cum invito. Et si cum invito, utrum cum eo, qui ex alterius persona conveniatur, an qui ex sua. Et si ex sua, utrum ex iure communi agatur, an ex privilegio: de quibus deinceps considerandum est. Sit ergo cum de iurisdictione iudicis subeunda quæritur, prima hæc et summa divisio: subiici quemque iurisdictioni iudicis partim [2] volentem, partim invitum. Subiicitur volens, ut quisque alicuius iudiciis audientam secutus est, quamvis iure non [3] subiiceretur eius iurisdictioni: si tamen quædam hic intervenerint, quæ ad eam rem ius exigit: de quibus cum ex professo comprehensum sit definitioni Ulpiani, quæ exstat in *L.* 1. *D. de judic.* eaque definitio totam hanc partem breviter et enucleate contineat: ea definitione nunc utemur, simul quid valeat, expendemus. Definitio ita est*: si se subjiciant aliqui jurisdictioni, et consentiant; inter consentientes cuiusvis judicis qui tribunali præest, vel aliam iurisdictionem habet, et jurisdictio.* In volentes fore ait jurisdictionem, etiam qui prius jure non subjicerentur judicis jurisdictioni: Sed si tria hæc concurrant, Primum, si se subjiciant jurisdictioni. Secundum si consentiant. Tertium, si his sit judex, qui aliquam per se jurisdictionem habeat. Quæ singula qualia sint, tum qualem hic subjectionem adferant, videamus.

IV. Prima igitur conditio est, si se subjiciant litigatores jurisdictioni. Subjicit se quis jurisdictioni aut [4] conventione aperta, aut re ipsa, et facto. Conventione, si convenerit ut aliquis judex pro alio adiretur: puta, ut exterus apud judices hujus loci conventus apud eum responderet et caussam ageret.

V. Non omnis tamen conventio ad eam rem est utilis, sed solum justa, et legittima conventio, quæ per se in aliis quoque caussis actionem pareret. Nuda et sola conventio ad eam rem reo non nocet, quominus priusquam judex adiretur, liceat ei voluntatem mutare, nec quisquam ei conventioni stare cogitur, inquit Africanus [5] in *L. si convenerit*

2) Ita Paurm. *Lib.* 2. *de Iurisdict. C-* 4. *n.* 87. *et seqq.* Eodem sensu Vult. *ad L.* 1. *C. hoc titulo n.* 69. Aut subjicitur volens aut invitus. Uterque lege.; hic jubente, ille permittente. Hic lege sola et ita jure, ille voluntate sua in societatem legis adscita, et ita facto jure approbato. Hic regulariter, ille irregulariter seu exceptive. Hic competentia in thesi, illic in hypothesi. Sic Bocer. *de Iurisd. C.* 7. *n.* 1. Competens jurisdictio aut juris auctoritate aut partium consensu.

3) Ex eo inter alia, quod litigans major vel æqualis judice *L.* 14. *de iurisdict.* Etsi id in voluntaria jurisdictione non procedat *L.* 14. *de manumiss.* Ratio differentiæ. Indecorum est, ut magistratus ipse ad æqualem, nedum minorem veniat, quod in voluntariæ jurisdictionis actibus necesse, qui per alium expediri non possunt. Litigare autem per Procuratorem licet. Accedit quod quia actus jurisdictionis voluntariæ apud se exsequi potest *L. un.* §. 2. *C. de off. cons.* frustra ab alio petit, arg. *L. quia non* 22. *de cond. inst.* ita Govean. *ad d. L.* 14. *n.* 3. *et* 4. Vult. *ad L.* 1. *C. de Jurisd. n.* 76. Obrecht. *de Iurisdict. C.* 12, *n.* 18. Bocer. *C.* 7. *n.* 16. *et C.* 9. *n.* 9. Scip. Gentil. *Lib.* 1. *Cap.* 18. *in fin.* Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 24. *n.* 6. *et seq.*

4) Ita et Vult. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 133. prorogationem fieri vel conventione vel re et facto, et Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 6. (quia tamen *n.* 11. requirit utrumque copulate et consensum et aditionem judicis. Quæ vix secum conveniunt) Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 4. vel aperta conventione, vel tacita. Mallem dixisse expressa pro aperta, per ea quæ *supra Lib.* 14. *C.* 16. *N.* 3.

5) Diss. Coras. *ad d. L.* 18. *et* 4. *Mis.* 5. *per L. pen. C. de pact.* Qui et *d. L.* 18. ita accipit, si ab utraque parte mutata voluntas. Siculi enim, arguit, priora verba, *si convenerit*, in utramque partem intelligenda, ita et posteriora *mutata voluntas.* Rationem dubitandi ponit in eo, quod non videatur posse id fieri in præjudicium judicis, cui jus esset quæsitum. Quæ et Alberici solutio ad pugnam *d. L. pen. et d. L.* 18. quam reprobat Loriot. *de Jurisd. Axiom.* 44. *et seqq.* et Vult. *ad d. L.* 1. *C. h. t. n.* 136. ita Responsum alienum fieri a gravitate Africani, remque indubiam reddi. In sententia vero convenire videtur Loriottus, dum *Axiom.* 48. accipit *d. L. pen.* de pacto ex altera parte obligatorio, quod semper exceptionem parit: *d. L.* 18. vero de mutuo, hinc inde obligatorio quod exceptionem non parere docet, quia ab eo re integra recedere liceat, per *L.* 3. §. 3. *de cond. ca. da.* Inconcinne. Nec melius Duar. *ad tit. D. de jurisd. C.* 6. *n.* 7. pactum nudum hodie sufficere, et per *d. L. pen.* jus pandectarum *d. L.* 18. emendari. Alii *d. L. pen.* de pacto non nudo, sed incontinenti contractui adjecto, exaudiunt Cujac. 7. *ad Afr. in d. L.* 18. Bron. 1. *Ass.* 41. *Pac.* 1. *Enant.* Q. 63. Fach. 1. *Contr.* 1. Jac. Ferrer. *in not. ad Guid. Pap. Decis.* 277. P. Busius *ad d. L.* 18. *n.* 3. Sed non convenit ratio subjecta *d. L. pen.* verbis *nemini licere etc.* Quare aptius et felicius qui discrimen pactorum agnoscunt, in *dd. LL.* Nam in *L.* 18. agitur de prorogatione judicis incompetentis, ubi non tantum negat paciscens, se ad suum judicem non revocaturum sed etiam promittit, se alterius jurisdictionem subiturum. Quia itaque ibi agitur de obligando reo, ut coram incompetente compareat, necessaria est pactio non nuda, sed obligationi ac actioni pariendæ efficax. Ast in *d. L. pen.* pactio de non utendo privilegio adversus formam, alias competentis, seu non revocando ad judicem specialem, quem ex privilegio habet. Nec simul se obligat paciscens ad subjiciendum se ei, cui nulla in ipsum jurisdictio. Sed tantum hoc agit, ut liberet actorem a necessitate conveniendi coram judice privilegiario. Unde quia exceptione aut replicatione pactio hæc servari potest, valida est; neque enim hic æque actio necessaria alteri, ut priori casu: in

rit D. de juris. An quod pactio est de jurisdictione judicis subeunda? Immo quia nuda est conventio, quæ nec in aliis rebus omnibus prodesset ad actionem ex regulá juris certi, ex pacto nudo actionem non nasci; *L. legem, C. de pact. L. jurisgentium, §. sed cum nulla, D. de pact.* Quod jus etiam hanc conventionem continet. Quippe qua id agitur, ut agere liceat adversus reum apud eum judicem, apud quem se defendere jure non cogitur. Hanc vero actionem ex hujusmodi pactione superior regula denegat. Quod si idem convenerit justa, et legitima conventione, contraria de caussa dicemus, eum qui id caverit, judicis jurisdictione ita se subjecisse, ut nec mutata ante aditum judicem voluntate possit defugere ejus iurisdictionem: nempe quia ei conventioni iam stare cogitur. Talis conventio est iure civili [6] stipulatio, ex qua eodem iure actionem nasci et cui proinde quemque stare cogi constat. §. *de constituta, Inst. de act. Inst. de verb. obl.* in princ. Quare et qui stipulanti actori promiserit se forum et iudicem actoris secuturum, in eum cum vocatus erit, eius iudicis iurisdictio futura est. De quo ne dubitemus, eius rei certum argumentum est, quod unusquisque ex contractu suo subiicitur iurisdictioni eius iudicis, in cuius territorio contraxit; de quo postea. *L. heres §. 1. D. de jud.* Neque vero hoc ius aliam rationem habet, quam quod qui alicubi contraxit, tacite convenit in negotio gerendo (quæ iusta conventio est) ut eo loco posset conveniri. Quæ si conventio illic servanda est, erit et tunc, cum aperta conventione id ipsum nominatim cautum erit; dum pariter conventio sit legitima, et ad actionem utilis, qualis est stipulatio.

VI. Re et facto se subiicere iurisdictioni quisque intelligitur, qui vocatus ad iudicem non competentem audientiam eius elegit, ut est in *L. 1. C. de jurisd. omn. jud.* id est, qui vocatus ad iudicem venit, et ibi cognita actione adversarii de re respondens, et aut inficians intentionem, aut defensione aliqua actionem removens præscriptionem fori omisit, et in summa si actionem suscepit, id est, litem contestatus est, omissa fori præscriptione: ut hoc explicatur in *L. sed etsi suscepit*, in princ. *D. de jud.* Hoc, inquam, facto solo reus, ut nihil aliud de consensu ejus probetur, se jurisdictioni judicis [7] subjecisse intelligitur. Nec injuria: necesse est enim intelligi nos eum pro judice habere ad quem tanquam ad judicem vocati sumus, si ad eum venientes, et talem agnoscentes, rem de qua agitur, audientiæ ejus et cognitione permittamus, quod fit adversus petitorem consistendo, et rem controversiam deducendo. Sed cur potius hoc facto reus se subjicere jurisdictioni dicitur, quam aperta conventione extrajudiciali? cum hoc factum nihil videatur habere amplius, quam consensum litigatoris de judice eligendo? Immo vero habet amplius, et id quod merito factum hoc distinguat a superiore conventione. Conventio extra judicium de judice adeundo interposita nihil habet, quo cogat reum ei conventioni parere. Non enim actionem parit, qua cogatur reus apud judicem se sistere, et cum alio jure reus vocatus est in jus, non facit conventio inutilis, quo minus reus præscriptionem fori quam prius habuit, nunc quoque salvam habeat. At cum ad judicium ventum est, et ibi reus suis defensionibus usus, et litem contestatus audientiæ iudicis rem subiecit: hic duæ res illum iurisdictioni subjiciunt non obscure: primum obligatio iudicati ibi litis contestatione contracta, sic enim illa contrahitur *L. 3. §. idem scribit. D. de pecu.* et contractus omnis nos ei territorio subjicit, ubi contracta est, ut postea dicetur. *L. heres, §. 1. D. de jud.* Deinde qui in judicis audientia eligenda fori præscriptionem omittit, hoc facto ius suum consumit. Amittit enim præscriptionem, quæ ante litis contestationem in principio litis opponi debet. *L. ultim. C. de exc.* lite semel contestata repeti

hanc sententiam Donellus noster *ad d. L. pen.* et Bocer. *de Jurisd. C. 7. n.* 38. Nec alieni sunt, sed non ita apte se expediunt, et differentiæ rationem explicant A. Fab. *ad d. L.* 18. Vult. *ad d. L. 1. n.* 149. Gœd. *ad L. 13. pr. de V. S. n.* 45. Bronch. sibi non constans 1. *Ass.* 24. Sine jure Canonico si talia pacta juramento firmata, omnimodo servanda ea volunt Guttierez *de Juram. confirm. P. 1. C.* 28. *n.* 9. Zang. *de Except. P. 2. C. 1. n.* 32. idque ita receptum Schrad. *de Feud. P. 10. Sect. 1. n.* 58. Matth. Steph. *Lib. 1. C.* 25. *n.* 16. *et C.* 39. *n.* 42. Vult. *ad d. L. 4. C. h. t. n.* 150. Paurmeist. amplius *Lib. 1. C. 25. n.* 6. hodie differentia pactorum et stipulationum sublata, ex quavis conventione serio ac deliberato inita prorogari jurisdictionem, ex eaque actionem dari etiam in foro civili. Quæ nituntur falso præsupposito.

6) Diss. Vult. *ad d. L. 1. n.* 143. *et seq.* volens quoad jurisdictionis prorogationem idem esse in stipulatione, quia ut *ibid. n.* 148. conventionis verbum generale et commune, ut ante aditionem utroque casu pœnitere liceat. Hoc differre quod ex stipulatione actio detur ad id, quod interest, eo loco quo conventum est, quam quo deinde reus agi vult litem institui ac finiri. Zang. *d. C. 1. n.* 30. Bocer. *C. 7. n.* 33. Matth. Steph. *d. C. 25. n. 9. et seqq.* quia nec alia vis obligationum faciendi.

7) Cujac. 7. *ad Afric. in L.* 18. *de iurisdict.* Si post conventionem aditus judex et lis contestata, quæ ante nuda fuit, definit esse nuda, et ex facto id est aditione ac litis contestatio sumpsit effectum. Et tunc quæsita judici adito jurisdictio eludi nequit, ne majestas prætoris illudi videatur, Baro. *ad d. L.* 18. et Govean. *n.* 4.

peti non potest. *L. Pomponius*, §. *ult. D. de proc.* Quod et ipsum nos admonet, quidquid reus dixerit fecerit ante litis contestationem apud non suum judicem, non esse ejusmodi, quod eum iudicis jurisdictioni subjiciat, postquam ante id tempus semper ei salva est fori præscriptio. Proinde verum esse quod Joannes [8] sensit ad *L.* 1. *D. de iud.* subjicere se quemquam jurisdictioni non quovis facto, sed lite apud judicem contestanda: etsi is non satis idonea probatione ad eam rem usus est ex *L. si cum dotem*, §. *eo tempore*, *D. de solu. mat.* Quæ si ita sunt, recte dictum est, eum in iudicem consensisse non videri, qui apud eum judicem desiderat sibi edi genus actionis. *L. non videtur*, *D. de iud.* duabus de caussis: primum quia id postulatur ante litem contestatam, quo tempore diximus nihil fieri a reo apud iudicem, quod ei præscriptionem fori adimat. Deinde quia si ulla alia facta esset propter quæ videri possit reus ante litem contestatam iudicis audientiam eligere, et sequi: certe hæc postulatio ejusmodi esse non potest. Ut enim non est iudex, nisi in lite et re controversa: ita nemo potest dici aliquem judicem sibi sumere, qui de nulla re apud eum litigat. Atqui nulla re ostendit se litigare velle, qui actionem sibi edi postulat. Nemo enim ideo id postulat, ut neget quod intenditur, et de eo litiget: sed ut cognoscat, [9] qua actione conveniatur; atque hac cognita sciat, utrum cedere, an contendere debeat. *L.* 1. *D. de eden.* Et fieri potest, ut cognita petitione adversarii cedat, non litiget, eoque nullum judicem in se admittat.

VII. Secunda conditio est, si qui subjecerunt se jurisdictioni ad eum modum, quem diximus, etiam in judicem consentiant. Conditio recte adjecta. Neque enim quisquam qui ad iurisdictionem alicuius iure non pertinet, postquam invitus non subjicitur eius iurisdictioni, aliter ei subiici potest, quam si consentiat. *L.* 1. *C. de iurisd. omn. iud.* Neque vero si quis convenit, ut certus iudex adiretur, aut si re ipsa ultro eius audientiam secutus est, continuo in eum iudicem consentit. Plane superioribus factis probatis satis videbitur consensisse reus, nisi [10] probet se dissensisse: ne forte præter superiora facta alterius rei probationem ab actore exigamus ad consensum istum argumentum; alioqui facile semper dicet reus se non fuisse hoc animo, ut istum iudicem sibi sumeret: neque istius animi ulla unquam per rerum naturam probatio erit, si ab iis quæ facta sunt, ex quibus animus cuiusque intelligitur, discesseris. Sed si reus se in superioribus factis non consensisse contendat, et probare sit paratus, audiendus est. Potest enim re vera non consensisse; dum aliquid incidit in istis factis, quod consensum eius impediat: quod si probatur, simul probatur ipsum non consensisse; fitque eadem opera, ut non subiiciatur iurisdictioni iudicantis, eoque nec iudicati auctoritatem habeat, quidquid iudex in non consentientem statuerit.

VIII. Duo sunt autem, quæ hic consensum litigantis impediant: error eius in persona iudicis electi, et vis magistratus ad eum cogendum adhibita. Error est, si alium pro alio admittit, dum putat eius iurisdictionem esse, cuius non erat: veluti, si de fideicommisso conventus apud prætorem non fideicommissarium, ideo huic se subiecerit, quia fideicommissarium putabat, si procuratoris Cæsaris audientiam sit secutus in caussa privata, dum hunc ordinarium putavit. Hic [11] error non dederit iurisdictionem. Quippe, aiunt veteres, error non habet consensum, et non consentiunt, qui errant: sententiæ ab illis in hac specie usurpatæ de errore, *L.* 2. *D. de iud.* *L. si convenerit*, *D. de iud.* *L.* si

8) Ita Azo. *in d. L.* 1. *v. consentientibus.* Accurs. *in d. L.* 18. *de iurisdict.* et Zas. *n.* 3. ref. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 151. ubi *n.* 154. communem hanc vocat, quæ in judiciis et consulendo sequenda, et probat Duar. *de Iudic. Cap. de Foro comp. f.* 167. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 31. *et n.* 84. Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Iurisdict. C.* 25. *n.* 17. Bocer. *C.* 7. *n.* 36. Facit *L.* 22. §. 5. *Sol. matr.* Et si vero Vult. *ibid. n.* 154. adversam opinionem in theoria veriorem autumet, cum *L.* 18. *de iurisdict.* solius aditionis fiat mentio, ex qua litis contestatio inferri nequit, quæ longo sæpe intervallo sequitur, Baro. *add. d. L.* 18. Unde Menoch. 2. *Præsumpt.* 19. *n.* 6, *et seqq.* tres conjecturas prorogatæ jurisdictionis refert, (1) Si exc. declinatoria non objecta ante litem contestatam. (2) Si reus sponte satisdedit judicio sisti. (3) Si reus objicit non esse procedendum sine libello, eique actor contradicit. Et Obrecht. *Disp.* 7. *Th.* 171. *et seqq.* quemlibet actum in judicio factum sufficere. Quia etsi libellus offeratur, satisdatio præstetur, res desit esse integra et conventio ex resumpsit effectum: add. Paurmeist. *Lib.* 1. *Cap.* 25. *n.* 16. *et seqq. etc. ult. n.* 24. Ita tamen conciliandæ ut prior vera sit in tacita prorogatione citra conventionem *L.* 1. *de iudic.* posterior vero in expressa, quando conventio precessit *L.* 18. *de iurisdict.* ubi sufficit sequuta aditio, quæ per libelli oblationem aut satisdationem. Bocer. *de Jurisdict. C.* 7. *n.* 39. De qua etiam sentit Vult. dum. *n.* 154 ita arguit: Si citatus ab incompetente, exceptione incompetentiæ omissa tacite consensisse censetur, et ex omnium sententia regressum ad exceptionem non habet: multo magis si expresse convenerit de adeundo eo, qui certo incompetens, si aditio accesserit: ne expressum minus tacito operetur.

9) Duar. *de Judic. Cap. de Foro comp. fol.* 167. adde et an judex de eo quod petitur seu in ea caussa jurisdictionem habeat, Vult. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 157. Nam si dubium, an judex competens, citatus comparere cogitur et exceptionem declinatoriam fori objicere. Hic ex aditione nec consensus intelligitur, ne dum prorogatio, *ibid. n.* 154.

10) Ad quod cautio est, ut protestatione utatur comparens de non proroganda jurisdictione, nisi quatenus et in quantum jure teneatur, Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisdict. C.* 25. *n.* 55.

11) Quicunque sive in persona, sive in caussa, sive in qualitate ju-

si per errorem, *D. de jurisd.* Vis magistratus est ad litigatorem cogendum, cum litigator alioqui ad suum forum revocans viribus magistratus compulsus est, ut se apud eum defenderet, et litem contestaretur. Qui ita coactus est, in hunc nulla est magistratus jurisdictio: quia [12] coactus non consensit in iudicem, ut est in *d. L.* 2. in pr. *D. de jud.* Et vero nihil tam consensui contrarium est, quam vis, quæ necessitatem adfert contrariam voluntati. *L. nihil consensui*, *D. de reg. iur. L.* 1. *D. quod met. caus.* Notandum hoc loco non aliorum consensum hic exigi, quam litigatorum: ipsius prætoris consensum non esse necessarium, ut si privati exteri consentiant, prætor aut putet suæ iurisdictioni subiectos, aut sciens exteros ignoret eos consentire, nihilominus [13] eius sit iurisdictio: sicque interpretatur Ulpianus illa verba legis Juliæ iudiciorum, *quominus inter privatos conveniat. L.* 2. §. 1. *D. de iud.* Quod et merito placuit. Nam prætor ipse per se iurisdictionem habet, non ex privatorum consensu accipit. Soli sunt litigatores, quorum ex voluntate pendet, defugiantne prætores iurisdictionem, an volentes in se admittant. Ideo et in eo solum eorum voluntas quæritur. Adde, quod non minus prætorem reus iudicem in se admisit, etsi qualis esset persona rei, prætor ignoravit. Porro quem iudicem communi cum auctore consensu admisit, eum invito postea actore repudiare non potest. Res enim iter ipsum et actorem geritur, non cum prætore.

IX Tertia conditio est, si is iudex, cui se litigatores subiiciunt, tribunali præsit, vel aliam iurisdictionem habeat, ut verba sunt definitioni Ulpiani in *d. L.* 1. *D. de iud.* Dixi iam supra, tribunal hic positum esse μετωνυμικῶς; sedem iurisdictionis pro iurisdictione, quæ in ea sede exercetur, ut tribunali præesse nihil aliud sit, quam præesse jurisdictioni, seu juri dicundo. Is autem dicitur præesse, qui primum in ea jurisdictione locum obtinet, idest, qui eam habet suo jure, non autem ab alio accipit, neque in ea pendet ab alio. Sic fit, ut præsse tribunali et jurisdictioni dicatur omnis, qui jurisdictionem suo jure habet, non alieno beneficio, ut verba sunt. *L. more, D. de jurisd.* Quare cum subjicitur in eadem definitione, vel qui aliam jurisdictionem habet: si quidem hoc genus judicum recte distinguitur a priore, atque adeo priori opponitur, dum nominatur alia jurisdictio, his verbis alium judicem intelligere non possumus, quam eum qui habet jurisdictionem alieno beneficio, idest, mandatam. Hæc enim sola sunt genera jurisdictionis, in quibus recte dicatur alia atque alia jurisdictio, ut quædam sit propria, quædam mandata: seu ut quædam habeatur proprio jure, quædam alieno beneficio. *d. L. mora*, *D. de jurisd. L.* 1. §. 1. *L. pen. D. de offic. ejus.* Itaque hoc dicit Ulpianus, ita demum in consentientes ex consensu fore jurisdictionem judiciis, si is sit judex qui aliquam jurisdictionem habeat, sive propriam, sive mandatam. Quibus verbis duo continentur: Unum hujusmodi, si quis nul-

risdictionis Io. Monach. *ad L.* 18. *de jurisdict. n.* 2. sive uterque erret, sive alteruter, quia omnes debent consentire, Vult. *ad L.* 1. *C. de jurisdict. n.* 179. (quod et ipsum verbum consensus convincit, vid. *supra Lib.* 12. *C.* 10. *N.* 5.) Ergo et si plures litis consortes ac quidam errent, idem est nisi errore comperto in caussa processerint, post Zas. *ad d. L.* 15. *n.* 26. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 108. Nec tantum facti error, ut si prætor, qui de repetundis quærit, pro urbano adeatur, sed et juris, ut si ejus prætoris jurisdictionem in caussa civili quoque esse putent. Govean. *ad d. L.* 15. *n.* 2. Decian. *Tr. Crim. Lib.* 4. *c.* 25. *n.* 13. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 177. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 25. *n.* 23. quia uterque voluntatem excludit *L.* 20. *de aq. pl. arc.* Et utriusque erroris exempla, in *d. L.* 2. *pr. de judic.* et per voculam *aut* (pro qua nulla necessitate *ut* reponit Rad. Forner. 5. *Rer. Quotid.* 5. secernuntur, cum priora verba sint de juris, posteriora de facti errore. Diss. Duar. *ad d. L.* 15. (1) per regulam generalem: juris error nocet, resp. Sed non in damno admittendæ rei suæ, uti hic præscriptionis fori, vid. *supra Lib.* 1. *C.* 21. *N.* 2. (2) quia error simpliciter significat facti imperitiam. (3) per *L.* 2. *de confess.* resp. facilis dissolutio Paurmeist. *Lib.* 1. *de Jurisdict. C.* 25. *n.* 7. Irnerius quoque inter hos errores distinxit, si lis contestata sit. Quæ distinctio communiter reprobata Bart. *ad d. L.* 15. *n.* 3. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 178. Errorem autem hic, contra quam alias, præsumi pluribus, Schrad. *de Feud. p.* 10. *Sect.* 1. *n.* 14. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 176. Facit *L. verius* 21. *de prob.* Quod declarant Decian. 4. *Tr. crim.* 25. *n.* 13. et Menoch. 2. *Præf.* 19. *n.* 12. si idiotæ sint, non si periti juris, Paurmeist. vero *d. C.* 25. *n.* 8. id admittit in Republica ampla, ubi varia magistratuum et jurisdictionum diversitas.

12) Ut mirandum sit quosdam contra sensisse, eo quod coacta voluntas sit etiam voluntas, ait Vult. *ad L.* 1. *C. de jurisd. n.* 81. nam certe consensus non est. Idem esse volunt in dubitatione arg. *L. ult. C. de cond. ind.* Vult. *ibid. n.* 182. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 15. *n.* 31.

13) Hoc post Cynum accipit Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 163. modo aditus non dissentiat, aut contradicat. Invitus, ait, jurisdictionem prorogari non cogitur, sed taciturnitas habetur pro consensu. Et consent. Boc. *de Jurisd. C.* 7. *n.* 37. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 35. *et seqq.* De quo haud abs re quis ambiget, per *d. L.* 2. §. 1. ubi vocula *sufficit* bis posita. Deinde idem traditur si judex aditus *ignoret* consensum aut putet falso se esse competentem. Qui error certe pro consensu haberi nequit. Cæterum nec consensus judicis proprii competentis jure Romano necessarius, nec is prorogationem inhibere potest, ut post Panorm. *in C. P. et G.* 40. *de offic. de leg.* Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 66. Matth. Steph. *d. C.* 25. *n.* 46. Anton. Capyc. *Decis. Neapol.* 9. Quia nihil ordinario decedit. Neque enim dant jurisdictionem judici adito litigantes, sed in se exercendam tantum admittunt, et sic jus suum remittunt. Nostris vero moribus, ex quo juris dictiones patrimoniales effectæ, jus prorogationis restrictum. Duar. *de Judic. Cap. de Foro comp. f.* 166. Et ordinarii subditis suis inhibere ne coram alio compareant, caussasque ad se avocare solent, quod maxime in vasallis obtinet, vid. M. Steph. *d. C.* 25. *n.* 50. Paurm. 1. *de Jurisd.* 25. *n.* 42. *et seq.* Boc. *C.* 7. *n.* 49. Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 168. Et si non tam privatorum favorem concernat privilegium, quam ipsius superioris, prorogatio absque ejus consensu non subsistit, Zang. *de Except. p.* 2. *C.* 1. *n.* 127. *et seqq.* neque tunc patientia pro consensu, quia quoties de jure nostro imminuendo agitur; silentium dissensum arguit. Hinc privilegio exemptionis statui imperii vel civitati dato, ne quis subjectum vel civem ad aliud tribunal vocet, prorogatio illicita, Gail. 1. *Obs.* 40. *n.* 3. Bocer. *d. lo. n.* 50 Hinc quoque si studiosus jurisdictionem alterius prorogare velit, Rectorem, caussam ad se avocare posse statuit Vult. *d. lo.* quia privilegium non conveniendi alibi non favore singulorum, sed universitatis academiæ concessum. Sed vid. *infra C.* 20. *N.* 9.

nullam omnino jurisdictionem habeat neque propriam, neque mandatam, frustra ullos litigatores se [14] ei subjicere, et in eum consentire, ut jus dicat. Non enim eo magis in eos futuram jurisdictionem aut notionem ejus, in quem consenserint. Habent enim superiora verba conditionem; qua non impleta, definitioni locus non est. *L.* 1. illic *hujus rei D. de offic. ejus.* Et recte, semper enim redeundum est ad illam definitionem *L.* 3. *C. de jurisdict. omn. jud.* quam jam ab initio posuimus, Privatorum consensum non efficere judicem eum, qui nulli præest judicio; nec quod is statuit, rei judicatæ continere auctoritatem. Alterum etiam exprimitur superioribus verbis; si quis iudex iurisdictionem habeat, quocunque modo habeat, dummodo iurisdictionem, talem esse, ut si qui eius iurisdictioni se subiiciant, et consentiant, in consentientes sit eius iudicis iurisdictio.

X. Nihil hic distinguitur, neque ulla hic excipitur species iurisdictionis, quinimmo addita hic universali particula *cujusvis judicis,* satis declaratur omnes, qui aliquam iurisdictionem vel minimam habeant, superiore definitione comprehendi. Unde intelligemus, quod in similibus orationibus legum a veteribus passim observatum est, ut omnes species ad genus pertinentes oratione generali contineatur; ut in *L. metum*, 9. §. 1. *D. quod metus cau. L. item veniunt*, §. *petitum*, in fin. *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de Publ. L.* 7. §. 1. *D. de inst.* idem hic in oratione propemodum in totum universali esse probandum, ut quemadmodum in iudice nihil interest, quid sit; sic nec in iurisdictione, neque qualem hanc, neque quantam habeat, ut sit eius in consentientes iurisdictio: dummodo iurisdictio ea sit eius, quæ caussæ propositæ exsequendæ sufficiat. Dixi consulto nihil interesse, qualem hic iurisdictionem iudex, aut quantam habeat: quia horum de utroque nonnullæ sunt dissimiles. Ideo visum est utrumque ponere, ut a me eodem ordine utrumque explicaretur.

XI. Primum ergo hoc tenendum est, nihil hic referre, qualem iurisdictionem iudex habeat, propriamne et suo iure, an [15] mandatam et alieno beneficio. Jam ante ostendi eam significationem esse verborum Ulpiani. Addam hoc amplius, ita eam sententiam verbis convenire, ut alia convenire non possit. Necesse est enim aut has species jurisdictionis in superioribus verbis accipi, aut prioribus intelligi eos iudices qui maiorem iurisdictionem habeant, posterioribus eos qui habent minorem. Atqui verba posteriorem hanc interpretationem non recipiunt. Minor enim iu-

14) Quia quod non est, prorogari et extendi nequit *L.* 5. *de precar.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 2. Bocer. *de Iurisd. C.* 7. *n.* 4. Matth. Steph. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 3. *et seq.* Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 27. A privatis enim fit, sed non in privatum. Quare pactum, irritum, quo cavetur debitorem ex mora capi posse ac privato carceri includi. Nec notio arbitraria per compromissum data prorogata jurisdictio dici potest, Paurmeist. *ibidem n.* 29. Requiritur vero jurisdictio eo tempore, quo consentiunt. Nec si postquam consensum est, obveniat, prorogatio tenet, *ibid. n.* 32. *pag.* 228. Ordinaria vero jurisdictio regulariter prorogabilis, ut fuse Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 3. *n.* 96. addens, etsi non habeat territorium, ut Rector academiæ et similes, Vult. *ad L.* 1. *C. de iurisd. n.* 78.

15) Consentit Accurs. *in L.* 1. *C. de iurisd. n. in v. iudicibus* Monach. *ad L.* 18. *de iurisdict. C.* 1. *n.* 6. Bocer. *C.* 7. *n.* 20. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 23. *n.* 27. Contra vulgo sentiunt, quorum opinio jure Canonico probatur *C. P. et G.* 40. *de off. deleg. et simil.* Maranta *P.* 4. *Dist. iudic.* 5. *n.* 34. P. Greg. 47. *Synt.* 22. *n.* 20. Vult. *ad L.* 1. *C. de iurisdict. n.* 81. et Scip. Gentil. *Lib.* 2. *de iurisdict.* 13. quia fines mandati custodiendi et delegationes stricti iuris. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 16. quia ordinaria est universalis, ac universitas facile recipit augumentum: Delegata vero particularis, et Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 21. *n.* 22. Sed hæc de prorogatione ad alias personas quidam accipiunt. Quam solam delegari negat Vasq. *de C.* 14. *n.* 15. *et seq. et n.* 22. *ac n.* 29. Prorogari enim concedit de loco ad locum *Cap. statutum* 11. §. *in nullo* 3. *de rescript. in* 6. (Sed hæc nulla vera prorogatio) item de tempore ad tempus, per *L.* 2. §. 2. *de iudic. C. de caussis* 4. *de off. deleg.* Quem specialem quoque casum excipit Vult. *d. n.* 81. *et seq.* ut tamen restringat ex verbis *d.* §. 2. ad delegatum principis, qui quodammodo quasi ordinarius, et tamen extra illum casum jurisdictionem ipsius prorogari non posse sentit. Verum prorogatio illa temporis, de qua *d.* §. 2. *d. C.* 4. omnino alia est. Nec de mandatario jurisdictionis, sed de judice dato loquitur *d.* §. 2. Paurmeist. *d. C.* 25. *n.* 41. Bocer. *d. C.* 7. *n.* 21. *et n.* 47. licet ipse sibi non costans, communi errore labatur *C. præced.* 6. *n.* 62. Qui nec ibi prorogatio est cognitionis vel notionis, quam habet judex datus. Neque enim, cum ex præscripta formula agat, ullam aliam caussam, extra eam in quam addictus erat, sive ab iisdem sive aliis apud eum tractari vetus judiciorum ordo et ritus patiebatur. Et prorogari dicitur notio, cum quis initio litis se sponte subjicit, non cum apud eundem judicem coram quo lis institui cœpta est, perseverat. Quia idem Vasq. *d. loc. n.* 17. jurisdictionem ordinariam non prorogari de tempore ad tempus, si magistratui tempus præfinitum, quia eo elapso jurisdictio extincta. Ac etsi fiat intra tempus consensio, confertur tamen in tempus prohibitum inutiliter, Foller. *in Addit. ad Maran. P.* 4. *Dist. Iudic.* 12. *n.* 6. Sane ex ratione Donelli nostri (3) hic efficitur affirmantem opinionem procedere in mandata jurisdictione generali, seu universali ea, quam habuit mandans, qua totum illius officium transit. Quod si ad caussam unam specialiter mandata sit, omnino putarem prorogationi locum non esse, quia extra mandatum delegatus nihil habet. Si vero non quidem universum officium magistratus mandantis delegatum sit, sed caussarum certarum universitas, ex. g. hereditariarum, rationis esse reor, ut consentire in mandatarium possint quidem personæ mandandi non subjecte, sed non de alia lite, quam hereditaria. Sin aliquod caussarum genus, ex. gr. hereditariarum, sed inter certas personas ex. gr. certæ tribus vel regionis aut vicorum in urbe cives, judicandum commissum, jurisdictio caussarum pariter ac personarum finibus circumscripta eos prætergredi non poterit. Quo pacto et superiori rationi, quod delegatio stricti juris, satisfiet, et hic modus forsan non inconcinnus jus Canonicum cum civili conciliandi, pugnantesque Interpretum sententias erciscundo dirimendi. Sic enim verum erit ad alias personas jurisdictionem non prorogari, ut sunt verba *d. Cap.* 40. *de off. deleg.* quando scilicet in mandato certarum personarum facta mentio, quod convincit vocula *alias* implicativa. Neque tunc aliud erit in delegato principis vel Papæ, nam de hoc ipso diserte loquitur *d. C. P. et G.* 40. Unde miror quod Bocer. *d. C.* 7. *n.* 18. tradit ex concordi DD. opinione hujus jurisdictionem prorogari, per *L.* 5. *C. de Iudic.* Cujus rei fides sit penes ipsum. Suspicor autem viro doctissimo humanitus quid contigisse, cum a nullo id proditum repererim et textus *d. C.* 40. manifeste obloquatur. Bart. certe ad *L.* 1. *de judic. n.* 10. *et seq.* in hoc quoque non aliam prorogationem admittit, quam de tempore ad tempus vel re ad rem. Denique discrimen inter judicis dationem, seu ut DD. vocant, subdelegationem, de qua *d. L.* 5. qua caussa eadem inter eosdem committitur alii cognoscenda, et prorogationem, quæ fit apud eundem vel inter personas vel in caussis alienæ jurisdictionis, nimis evidens. Immo Vult. *ad d. L.* 1. *n.* 85. *et seq.* Commissariorum ab Imperatore vigore ordinationis Cameræ imperatorum, jurisdictio cum delegata sit, Myns. 2. *Obs.* 52. Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 3. non prorogari extra casum temporis (*ut supra* quæ tamen prorogatio, ut monui, alia est) itaque usu servari docet.

iurisdictio non est alia iurisdictio; qualem tamen Ulpianus nominat, si quidem magis et minus non constituunt diversas species. Relinquitur igitur omnino, ut istis verbis accipiantur species illæ,[16] iurisdictionis priores, quas dixi, vere diversæ, atque adeo in iure habendi contrariæ, propria et mandata. Hoc et Accursius in interpretatione eorum verborum primum posuit ad *L. 1. de jud.* Sed incertus quid statueret, mutat postea: quam et mutationem Bartolus, et alii plerique probarunt. Non recte. Ut enim superior Ulpiani definitio nos deficeret: tamen iure eius cognito, qui mandatam iurisdictionem suscepit, non aliud statui potest, quam huius quoque in consentientes esse iurisdictionem, quod ita demonstratur: Quidquid iuris in iurisdictione habet is, qui propriam iurisdictionem habet, id totum mandata iurisdictione transit in eum, cui mandata est: omninoque is mandantis iure utitur. *L. 1. §. 1. L. penult. D. de offic. ejus.* Atqui is qui propriam iurisdictionem habet, inter cætera habet hoc iuris, ut si qui in eum consentiant, sit eius in consentientes iurisdictio. *L. 1. de jud.* Quare et mandata iurisdictione transibit ius idem in eum qui mandatam suscepit, ut si qui in eum consentiunt, sit hujus quoque jurisdictio in consentientes.

XII. Obiiciunt privatorum consensum non posse iurisdictionem ei dare, qui ex se non habet quod et verum est. *L. 3. D. de jurisd. omn. jud.* Assumunt autem eum cui mandata est iurisdictio, iurisdictionem non habere. Hoc vero perspicue falsum est. Non habet propriam: at habet mandatam, in qua et vice mandantis fungitur, eiusque iure ut dixi, utitur. *L. solet, D. de jurisd. d. L. 1. §. 1. D. de offic. ejus.* Immo, inquiunt, non habet omnino iurisdictionem; quia dicitur simpliciter nihil proprium habere in *d. L. 1. §. 1. de offic. ejus.* Sed non si propriam non habet, ideo nullam habet omnino. Habet enim, ut modo dixi, mandatam: neque otiose, ne quis hic nos de verbo loqui, non de re existimet: sed eodem iure quo is qui mandavit, quandiu mandatum perseverat. Ut quid si mandata sit iurisdictio dumtaxat in certas personas? ut posse mandari constat, *L. prætor. D. de jurisd.* Non dubito, quin si aliæ personæ in eum consentiant, sit [17] eius quoque in consentientes iurisdictio. Nam et id iuris foret in persona eius, qui iurisdictionem propriam haberet in certas tantum personas. *L. 1. C. de jurisd.* In iure autem iurisdictionis exercendæ inter eum qui propriam habet, et eum qui mandatam nihil interesse paulo ante ostendimus. Occurrit Bartolus, et ita disputat. Limitata caussa limitatum parit effectum: quod quanquam ex natura veræ caussæ satis intelligitur, probat tamen ex *L. in agris D. de acquir. rer. dom.* Atqui mandata iurisdictione in certas personas, limitata et definita est iurisdictio personis. Quare et his ipsis personis circumscriptum ius eius iurisdictionis, ut extra eas personas non sit ne in consentientes quidem eius iudicis iurisdictio. Sed nihil hic dicitur in eum, cui mandata est iurisdictio, quod non item dici possit adversus eum qui iurisdictionem in certas personas habet suo iure. Quem tamen constat etiam in in alias personas ex consensu litigatorum iurisdictionem habere. *L. 1. C. de jurisdict.* ut non debeamus superiore argumento moveri, quominus idem et in eo cui mandata est iurisdictio, probemus. Quid ergo respondemus de utroque? nempe eius cui iurisdictio in certas personas data est sive propria sive mandata [18] limitatam et circumscriptam esse iurisdictionem personis adversus invitos: adversus volentes minime, sed et adversus alias personas iurisdictionem esse, si consentiant. Id quod si in iis iudicibus admittimus, qui propriam iurisdictionem habent, ex *d. L. 1. D. de jud.* necesse est, ut iis qui mandatam habent, eadem interpretationis lege admittamus.

XIII. Ut illud non interest, qualem iurisdictionem iudex habeat, sic nec illud, quantam. Etiam qui circumscriptam certis finibus jurisdictionem habet, si qui extra eos fines se

16) Ut Duar. *de Judic. Cap. de Foro comp. f.* 165. Aliter Govean. *ad L.* 10. *de Jurisd. P.* 10. intelligens notionem et judicandi potestatem inter certas personas, veluti Procuratoris Cæsaris. Atqui et illa vera jurisdictio est, licet caussis limitata. Aliter Bart. *in d. L.* 1. *n.* 8. qui non habent certum locum ubi jus reddunt, ut Doctores, item qui collegiis præsunt.

17) Quod tamen declaratum per ea, quæ *supra N.* 15. *cir. med.* si et mandantis jurisdictio ita restricta; ea vero tota mandata. Tunc enim verum est mandatarium vice mandantis in omnibus fungi ex mandato universali. Ergo cui tota jurisdictio Procuratoris Cæsaris delegata est., poterit et inter consentientes caussam non fiscalem judicare. Ast cui idem caussam unam fiscalem inter Titium et fiscum commisit, non poterit caussam aliam fiscalem, nedum litem plane privatam inter Cajum et Seium cognoscere, quin mandati limites transgrediatur. Quo faciunt *not. supra N.* 26.

18) Bocer. *de Jurisd. C.* 7. *n.* 20. Resp. nihil huc pertinere regulam, cum jurisdictio non fit caussa prorogationis, sed tantum subjectum circa quod versatur.

se ei subiiciant, et consentiant, nihilominus et [19] eius in consentientes iurisdictio erit, fietque id, quod vulgo non omnino male dicitur, ut qui alioqui ad iurisdictionem iudicis non pertinent, nihilominus possunt si ei subiiciendo eius iurisdictionem ex consensu porrigere: idest, ampliare, et efficere, ut sit in ipsos iurisdictio, quæ sine eorum consensu futura non esset. Id ex partibus huius circumscriptionis quale sit, et quam verum, poterit liquere. Definitur cuiusque iudicis iurisdictio certis locis et territorio. Demus aliquem exterum nulla de caussa ad iurisdictionem iudicis eius loci pertinentem vocatum in ius ultro adesse, et se ei scientem subiicere. Nemo dubitat ex superiere definitione quin eius iudicis sit iurisdictio in consentientem: quia iudex in caussa proposita habeat iurisdictionem, quam in territorio suo recte exerceat. Sed hoc, inquam, dum in territorio suo iusdicat. Nam si extra territorium ius dicere volet, nulla eius iurisdictio futura est, ne in consentientes quidem, et ultro eum secutos, ut superiore capite diximus. Quod et superiore definitione Ulpiani efficitur, quæ in iudice iurisdictionem exigit. Quivis autem magistratus et iudex extra territorium suum privatus est: quocirca nec ibi ullam iurisdictionem habere intelligitur. *L.* 3. *D. de off. præsi.* Est etiam, cum definiatur iurisdictio certis personis, ut initio diximus: ut puta militares iudices ita constituuntur, ut ius dicant tantum inter militares. Procurator Cæsaris ita olim constitutus, ut ius tantum diceret inter fiscum et privatos. Sive pagani subiicient se militari iudici, sive privati procuratori Cæsaris, et consentient, etsi neuter per se competens iudex erat: dicemus tamen utriusque horum in consentientes esse iurisdictionem. Idque ita generaliter definitur in *L.* 1. *C. de iurisd. omn. iud.* Neque vero hic ulli iudices, ullive litigatores excepti sunt ulla parte iuris Romani. Ecclesiasticis quidem personis proprii iudices ecclesiastici dati sunt ex privilegio, constitutionibus posteriorum Imperatorum, ut *L. placet*, *C. de episc. et cler.* Nov. *de sanct. epis.* §. *œconomos.* Auth. *statuimus, C. de epis. aud.* Sed ita, ut ad alios vocari non possint inviti. Quod si patiantur se vocari, et se subiiciant, quominus recte id faciant, nihil est impedimento. Nam et milites proprium iudicem habent eodem genere privilegii: cui tamen privilegio renuntiare ipsis liberum est, ut cum id fecerint, amplius eo uti non possint. *L. pen. C. de pact.* Postea pontificii iuris auctores ecclesiasticos iurisdictione magistratus politici omnino exemerunt ita, ut ne his quidem concederent volentes se iudici politico subiicere, *c. significasti. c. si diligenti. ext. de for. comp.* Quam recte illi viderint. Est certe (*) *adversus verbum Dei manifeste constitutum.* Sic enim Paulus præcipit ad *Rom. C.* 13. *omnis anima potestatibus supereminentibus subiecta esto, magistratus enim Dei ordinatio est: et qui magistratui resistit, Dei ordinationi resistit.* Huic ordinationi si quos parere conve-

19) Convenire videtur quod DD. prorogationem fieri de persona ad personam, de caussa ad caussam, de re ad rem, de quantitate ad quantitatem, de casu ad casum, de tempore ad tempus, de loco ad locum, vid. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. Maranta *P.* 4. *Dist. Judic.* 12. *n.* 3. Monach. *in C.* 1. *de judic. n.* 8. *et in C.* 18. *de foro comp. n.* 12. *et seq.* Bocer. *C.* 7. *n.* 41. Paurmeist. *Lib.* 1. *C.* 25. *n.* 23. Matth. Steph. *Lib.* 1. *Cap.* 21. *n.* 18. *et seq.* Sed expeditius noster. Et prorogationem ratione loci illi plane aliter accipiunt quam ut hic Donellus, vid. *C. præced. N.* 8. Sed et de tempore ad tempus non admittitur, et quam illi sic vocant plane alia est, ut *supra N.* 15.

(*) Non abludit a more nec ingenio Calvini Donellus, dum tam facile atque asseveranter affirmat hoc loco pontificias leges juri divino contrarias. Urget Apostoli locum *ad Rom.* 13. *v.* 1. qui de omni potestate civili atque Ecclesiastica, de omni anima etiam regia atque imperatoria, distributione habita, commodissime accipitur. Sed ago liberaliter. De civili potestate dumtaxat, et de anima quavis etiam Ecclesiastico muneri addicta locus ille exaudiatur. Quid tum? Nego Apostolum velle animam Ecclesiæ addictam terrenæ ita subditam potestati, quomodo placet Donello. Alienum hoc a mente Apostoli atque usu Apostolicorum temporum: Cujus rei luculentissimum argumentum esto *Cap.* 6. 1. *ad Cor.* Vide quæ egregie atque eruditissime disputat Joannes le Gendre in eo tractatu quem inscripsit. *Tribunale Episcoporum etc.* qui extat in *Nov. Thesaur. Jur. Civ. et Can. Tom.* 3. *pag.* 339. *Edit. Hagæ Comitum an.* 1752. Sed quandoquidem mihi cum Donello res est, non abs re illum provoco ad leges Imperatorum: quarum usu et peritia melius, quam verbi Dei lectione profecit. Ab his, seu potius a Constantino M. item a Valentiniano (ut plures alios dignitate pares ac religione modo taceam) quare clericorum immunitas non sit Dei verbo contraria, sed potius juri naturali ac divino maxime consentanea, se non dicam edoceri, virum in jure doctissimum: sed, nisi obfirmato nimis est animo, imperatoria auctoritate moveri, atque æquissima Imperatorum ratione ab injuria ad æquitatem traduci patiatur. Quid vero illi summa rerum potestate ac religione conspicui? *Clerici ab omnibus omnino muneribus excusentur . . . Ne sacrilego livore quorundam a* DIVINIS OBSEQUIIS AVOCENTUR. Ita Constantinus *in Cod. Theod. de Ep. Eccl. et Cler. L.* 1. Rursus: *Clericos . . . Episcopali Audientiæ reservamus.* FAS ENIM NON EST UT DIVINI MUNERIS MINISTRI TEMPORALIUM POTESTATUM SUBDANTUR ARBITRIO. Ita Valentinianus *L.* 47. *eod.* Liceat itaque pace Donelli et quotquot aliorum qui cum eo sentiunt libere dicere quod res est. Jure suo, et verbo Dei consentanee summus Ecclesiæ Hierarcha Romanus Pontifex clericos a sæculari Principum et magistratuum exemit jurisdictione. Vid. Emin. Bellarmin. *de Cleric. Cap.* 28. Dom. Soto in *IV. Sent. Dist.* 25. *Art.* 2. *Concl.* 5. *et* 6. Didac. Covarr. *Pract. QQ. Cap.* 31. *Concl.* 1. 2. 3. Emman. Gonzal. in *Cap. Clerici* 8. *de Judic.* Matthæi et Lucæ locos; illius *Cap.* 20. hujus *Cap.* 22. non moror. vide *supra* adnotata cum * *Lib.* 2. *Cap.* 4. *Col.* 203. Alteri Matthæi loco *Cap.* 22. puto factum satis ex jam dictis; cui plenissime quoad rem nostram satisfacit Hieronymus in *Cap.* 3. *ad Tit. v.* 1. quem consule. Et si cui hæc non sufficiant, quæ potius indicis notæ more breviter attexuimus: consulat præter laudatos Cl. Joan. Anton. Bianchi in eo quod Italice scripsit docto atque erudito opere: DELL' ESTERIOR POLITIA DELLA CHIESA CONTRO GLI ERRORI, ec. præsertim vero quoad ea quæ hic opponit Donellus, et post eum refricat Petrus Joannonius SCRIPTURÆ testimonia, vide quæ Vir eruditissimus præclare disserit ejusdem Operis *Lib.* 1. *Cap.* 1. §. 7. *n.* 10. *et* §. 8. *n.* 5. *et seqq.*

venit, eos convenit maxime præter cæteros, qui aliquo munere in Ecclesia funguntur: qui et doctrina et moribus prælucere debent cæteris ad parendum Deo et Evangelio, iuxta illud Christi *Matt.* 20. et *Luc.* 22. *Principes gentium dominantur eis, et magnates potestatem exercent in eos. Verum non ita erit inter vos: sed quicunque voluerit inter vos magnus fieri, esto vester minister: et quicunque voluerit inter vos primus esse, sit vester servus.* Eodem pertinet et illud Christi *Matth.* 22. *reddite quæ sunt Cæsaris Cæsari: et quæ sunt Dei Deo.*

XIV. Definitur et iurisdictio interdum certis caussis. Hic etiam extra has caussas definitioni locus erit, ut si judex certis caussis præpositus adeatur, in alia caussa a litigatoribus consentientibus, etiam in ea caussa judicis jurisdictio sit in consentientes. Exemplo est idem procurator Cæsaris; qui ut constitutus est judex inter certas personas, puta inter fiscum et privatos, ita etiam constitutus est in certis caussis, nempe fiscalibus. Jam autem diximus, si procurator Cæsaris a privatis in privata caussa aditus fuerit, in consentientes fore procuratoris jurisdictionem, *d. L.* 1. *de jurisdict. omn. judic.*

XV. Solum hæc pars ita temperanda est, dummodo ea sit iurisdictio iudicis, quæ caussæ novæ exsequendæ sufficiat. Quæ si non sufficit, non est in potestate litigatorum iudici novam iurisdictionem dare quam prius nulla in caussa habuit. Id accidit in iis iudicibus, quibus civilium et pecuniariarum caussarum iurisdictio data est, si qua caussa criminalis ad eos defertur. Quamvis in hac caussa ultro audientiam eius elegerint accusator et reus, eique se subiecerint: non eo magis erit huius accusationis competens iudex, et ut nunc loquimur, non eo magis eius iurisdictio erit in consentientes. Negant esse Imperatores in *L.* 1. *C. ubi cau. fisc.* ubi procuratorem fisci, qui civilibus et pecuniariis caussis cognoscendis præpositus est, prohibent cognoscere de crimine. Et ut intelligeretur id constitui etiam de eo, qui ius dicere vellet in consentientes: additur ratio, quæ hanc quoque iurisdictionem illi adimit, quia inquiunt, constare debeat *de crimine apud eum, cui convictis pœnam irrogare licet.* At hanc non potest irrogare civilis iudex; propterea quod animadversio in facinorosos solum est eorum, quibus lege specialiter tributa est: civilibus autem magistratibus nec specialiter nec generaliter tribui constat. *L.* 1. *D. de offic. ejus.* Non adversatur Ulpiani definitio: qua cum dicitur iudicis qui iurisdictionem habet, in consentientes iurisdictionem esse: non dicitur iudicis novam iurisdictionem futuram, sed eam ipsam quam prius habuit, futuram inter consentientes, ut hanc inter eos exerceat. Quo exemplo recte dicemus in caussa ecclesiastica, et ad fidei doctrinam pertinente non fore idoneum iudicem magistratum politicum ne in consentientes quidem: quia non sit magistratus ea iurisdictio, qua aut controversiam hanc dirimere, aut diremptam remediis a Christo constitutis possit exsequi. In caussis cæteris omnibus puto generaliter probandum esse, quæcunque iurisdictio certis caussis inclusa sit, etiam de alia caussa aditum iudicem iurisdictionem habiturum in consentientes. Nihil enim in ea iurisdictione, quam iudex prius habuit, quidquam Ulpianus excipit. Nec quod excipi debeat, quidquam reperiemus.

XVI. Excipit tamen Accursius præter criminales illas caussas etiam caussam status, et suspecti tutoris accusationem ad *L.* 1. *C. de jurisdict. omn. judic.* Caussam status, puta ingenuitatis, et libertinitatis ideo, quia in *L.* 2. in fin. *C. de pedan. judic.* cavetur, ut de his præsides ipsi diiudicent. Accusationem suspecti tutoris ideo, quia de ea ita scriptum est in *L.* 1. §. *tutores. D. ad Turp.* suspecti tutoris accusatio pro tribunali tantum examinari potest: et nullus alius de huiusmodi quæstione, quam præses pronuntiare potest. Ergo de caussa status non dubito, quin consentientibus litigatoribus recte agatur apud eum, qui alioqui inter invitos de ea re cognoscere non potuit, sitque eius iudicis in ea caussa iurisdictio. Nam et de statu privati inter se iureiurando transigere possunt. *L.* 3. §. 1. §. 2. *D. de jurejuran.* quanto magis iudicio transigent apud iudicem, in quem consenserint? Nam utrobique res geritur litigatorum consensu. In judicio hoc plus est, quod res iudicata habet publicam auctoritatem: *L. servo* 65. §. *cum prætor*, *D. ad Treb.* iusiurandum privatam. Non moveor *L.* 1. *C. de pedan. jud.* Ea enim lex scripta ex professo de iis caussis, in quibus præsides dare iudices possint, aut non possint, iubet præsides ipsos cognoscere et diiudicare de quibusdam caussis, et in his nominatim de statu: non tamen simpliciter, sed tunc cum ipsi aditi sunt a litigatoribus, ut cognoscant; ipsi autem iudices dare volunt in invitos. Id quod lex non concedit. Finge ergo eos dare iudices admittentibus consentientibus litigatoribus: quis dubitet cessare constitutionem, et quod a iudicibus iudicatum erit, tale esse, ut litigatores acquiescere debeant rei ex consensu

suo

suo iudicatæ? ut est in *L. 1. C. de jurisdom. jud.* Quare etsi litigatores alium adierint, eiusque iudicio se subiecerint, perspicuum est cessare et hic constitutionem. Quo fiet, ut si quæratur, quid hic servandum sit de iurisdictione in consensientes, id regulis iuris quæ sunt de hac parte, relictum intelligi debeat, ut cavetur in *L. præcipimus* in fin. *C. de appel.* De accusatione suspecti tutoris, non negem esse eiusmodi, de qua alius quam præses pronuntiare non possit etiam consentientibus accusatore et tutore suspecto postulato; libenterque agnosco eam significationem esse superiorum illorum verborum, cum dicitur nullum alium de huiusmodi quæstione, quam præsidem pronuntiare posse. Sed non ideo hæc caussa excipienda fuit hoc loco. Non enim ideo alius de hac quæstione cognoscere non potest, quia consentientibus his ad quos res pertinet, non potuerit eius iudicis in consentientes esse iurisdictio: sed quia non transigitur unquam ex consensu eorum, ad quos res pertinet. Pertinet enim præcipue hæc caussa ad impuberem: cuius interest tutorem aut malum removeri, aut bonum, et fidum retineri. Porro impubes tutorem suspectum non accusat, sed aut propinquorum, aut affinium, aut amicorum hæc accusatio est. *L. pietatis. C. de suspect. tut.* Ideo ad maiorem iudicii fidem, et quo tutius in eo impuberi consulatur, res præsidis, id est, summi magistratus solius cognitioni commissa est. Nos autem loquimur de ea caussa, in qua aditus sit iudex consentientibus iis, ad quos caussa pertinet. Stet igitur hæc quoque pars, quantumvis certis caussis de quibus cognoscat, circumscripta alicuius iudicis iurisdictio; tamen si in alia caussa aditus sit a consentientibus, sine exceptione iudicis iurisdictionem futuram in ea caussa in consentientes: tantum ut iurisdictio caussæ exequendæ sufficiat. Ex quibus apparet, quam vere definierit Ulpianus sine exceptione, inter consentientes esse iurisdictionem cuiusvis iudicis, qui modo iurisdictionem aliquam habeat.

XVII. Non caret tamen definitio dubitatione. Sunt enim, quæ obiiciantur: suntque ea in summa tria, quæ iam breviter diluemus. Primum occurrit de consensu, quod dubitationem adferat: quod tale est. Conventione privata extra iudicium citra stipulationem interposita de aliquo iudice adeundo, quanvis maxime id egerint litigatores, ut se eius iudicis iurisdictioni subiicerent, nihilo tamen magis ei se subiiciunt, aut in eos esse incipit eius iudicis iurisdictio. *L. si convenerit, D. de jurisdict.* At cum litigatores iudicem ultro adeunt, eiusque audientiæ se subiiciunt, nihil aliud quam consentiunt, idest, conveniunt, ut is sit iudex. Quare aut eo consensu non subiicient se iurisdictioni, aut in conventione extraiudiciali idem constituendum non fuit. Respondi iam ante, cum iudex aditur, et res eius audientiæ subiicitur, in eo multo plus inesse, quam litigatoris consensum. Nam qui iudicis audientiam sequitur litigandi caussa, simul et eum pro iudice agnoscit, et præscriptionem fori omittens, eamdem amittit: qua amissa adimit sibi in posterum omnem defugiendi eius iudicii potestatem, quoniam ut defugere liceret, solum hac præscriptione salva consequebatur. Quippe, ut dixi, præscriptio fori initio litis opponenda fuit: semel autem omissa post litem contestatam repeti non potest, *L. ultim. C. de except. L. Pomponius, §. ultim. D. de procur.*

XVIII. Secundum plus habet difficultatis, ad eos iudices pertinens, qui conclusam certis finibus iurisdictionem habent. Id tale est. Qui iurisdictionem nullam habent, huic privatorum consensus iurisdictionem dare non potest. *L. 3. D. de jurisdict. omnium jud.* Atqui iudex quivis, qui iurisdictionem habet certis personis, aut certis caussis finitam, extra personas, et eas caussas iurisdictionem non habet. Quare extra eas personas, et extra eas caussas litigatores aut alii, aut in alia caussa iurisdictionem ei dare non possunt. Vel hoc modo: Nihil interest, utrum quis omnino iurisdictionem non habeat, an extra personas aut caussas sibi commissas versetur, ubi similiter nullam habet. Ei porro qui nullam habet, privatorum consensus iurisdictionem dare non potest. Proinde nec extra personas aut caussas illi attributas privatorum consensus iurisdictionem dederit. Respondeo, totum hoc admittendum esse: nec quidquam verius, quam ultra quam iudici lege tributum est, nihil posse privatorum consensum ei adiicere. Nam cum nemo plus ad alium transferre possit, quam ipse habeat: *L. nemo plus, D. de regul. jur.* quomodo privati iurisdictionem dederint, quam non habent. Sed dum litigatores, aut alii, aut in alia caussa se subiiciunt iudicis iurisdictioni, non ideo iudicis in consentientes iurisdictio est, quia daret in se iurisdictionem, si proprie loqui volumus: sed quia eam iurisdictionem quæ prius fuit iudicis in alios, aut in aliis caussis, in se quoque admittant. Hoc vero quivis litigator potest facere. Sic enim suum ius remittit, dum eam iurisdictionem, quam defugere poterat, patitur in se exerceri. Sic præscri-

scriptioni fori renuntiat, quam prius habuit, dum hanc consulto omittendo initio litis amittit. Constat autem unumquemque iis quæ pro se introducta sunt, renuntiare posse; posse consensu suo juris sui persecutionem deteriorem constituere. *L. pen. C. de pact. L. pactum, D. eod.* Et tamen quoniam dum patitur litigator jurisdictionem ad istum modum in se exerceri, facit, ut judex in ipsum jurisdictionem habere incipiat: prope est, ut et ipse isto facto videatur in se ipsum dedisse jurisdictionem. Qua de caussa et interdum abusive ita dici legimus: sicque loquitur Ulpianus in *L.* 2. in princ. *D. de jud.* quomodo et nos aliquoties supra locuti sumus, cum tamen si proprie loqui volumus, non sit dicendum, litigatorem consentientem jurisdictionem dare quam non habet: sed potius, dare judici jurisdictionis in se exercendæ potestatem.

XIX. Tertium objicitur: per se non ita explicatu difficile, quod tamen mirum est, quam Accursium et alios interpretes torserit. Id tale est: si judex ita sumi non potest ab extraneis, ut fiat arbiter inter consentientes, multo minus eligi potest, ut incipiat inter eos consentientes habere jurisdictionem. Plus est enim in jurisdictione quam in arbitrio. Quod si judici deferri arbitrium non potest ex consensu, quod minus est; multo minus potuit jurisdictio deferri ex consensu, quod majus est. Atqui judex non potest ita sumi a privatis, ut fiat inter eos arbiter: hoc vulgo probari putant, *L. sed si servum*, 9. §. *si quis judex*, *D. de recep.* ubi ita scribitur; si quis judex sit, prohiberi eum lege Julia arbitrium recipere ejus rei, de qua judex est. Ergo nec judex ita sumi poterit ex consensu, ut fiat ejus jurisdictio in consentientes, in quos prius non fuit. Recte conclusum sine dubio, et vere, siquidem verum esset, quod desumunt, et quod superiore loco dici putant: quo nihil minus verum est: et in eo est merito, quod judicium eorum, vel potius attentionem requiramus. Quisquis aliquo in loco judex et magistratus est, ne dubitemus eum ita adiri posse a privatis sive extraneis, sive ejus territorio subjectis, ut sumatur inter eos arbiter, et arbitrium ipse recte atque utiliter recipiat. Necesse est enim id ita licere, nisi iure prohibeatur: quæ generalis definitio est, quoties quid iure liceat, aut non liceat, quæritur. *L. mutus*, §. 1. *D. de proc. L. necnon*, §. *quod ejus. D. ex quibus cau. ma. L.* 1. §. 1. *D. de testi.* Nusquam autem prohibetur, aut ulla etiam prohibendi ratio est, quo minus ab initio magistratus et iudex arbitrium recipiat inter privatos. Et pueriliter erratur vulgo, dum prohiberi putant in *d. L. sed si servum*, §. *si quis judex. de recept.* qui locus ita scriptus est, ut si paulo diligentius attendissent, reperissent nullum esse, quia apertius contrarium confirmaret. Illic enim prohibetur arbitrium recipere iudex: sed iudex qui iam iudex factus erat eius rei, cuius arbitrium recipitur. Unde intelligi debuit, si quis adeatur de ea re, de qua prius cognoscere et iudex esse non cœperat, non prohiberi eum eius rei arbitrium recipere. *argu. in L. ex eo, D. de testi. L. qui testamento*, §. *mulier*, *D. qui test. fac. poss.* Neque vero differentiæ ratio est obscura. Justis enim de caussis vetatur iudex arbitrium recipere eius rei, de qua iam ante iudex est. Primum quid si is arbitrium postea receperit, incipiet personam sustinere duorum iudicum, iudicis legitimi, et arbitri: idest, personas duas contrarias, quas una et eadem persona non admittit. Nam iudex iubetur iudicare ita, ut iure proditum est. *Inst de offic. jud.* in princ. Arbiter autem ita sumitur, ut dicat quod sibi æquum visum est, rataque est eius sententia, sive æquum, sive iniquum dixerit. *L. societatem*, 76. §. *ult. D. pro soc.* Tum autem ab eo, qui iam ante rei iudex factus est, turpiter arbitrium recipitur, nec caret manifesta suspicione iniuriæ. Cur enim recipit, nisi ut ab eo quod ius esse novit, recedere ipsi liceat, idest, alterutri litigatori iniuriam facere per caussam et speciem recepti arbitrii? quod iudici concedendum non fuit. Quin potius de eo ita recte dicetur. Si ut iudex recte iudicaturus erat, ita iudicet, neque effugium quærat: si non recte, non debet neque iudex esse, neque arbiter. Quod si iudicis personam iam ante susceptam retinere vult, arbitri a se amoveat. Quorum nihil de eo magistratu seu iudice ordinario dici posse apparet qui iudicio nondum de re suscepto sumitur inter privatos de aliqua re arbiter. Quo fit, ut nulla sit caussa cur prohibeatur id arbitrium recipere. Ac de eo magistratu seu iudice nunc loquimur, qui rebus integris aditur, ut ius dicat inter privatos et consentientes. Congruunt hic igitur arbitrium et iurisdictio per omnia: ut ad iudicem qui nondum rei controversæ iudex erat, venire possumus, et nos ei utiliter subiicere: ita et eum adire, ac sumere arbitrum, ut utiliter arbitrium recipiat. Quod si quis iam de re iudex esse cœperat, eveniet in eo pariter, ut neque amplius ei arbitrium tribuere possimus, neque adeo iurisdictionem.

Non

Non arbitrium, de quo superiore loco cautum est, ne iudex iam factus id recipiat. Non adeo iurisdictionem, quia iudicio cœpto iam iudicis iurisdictio in ea caussa esse cœperat. *L. ubi*, *D. de iud.* Quæ autem iurisdictio semel eius esse cœpit, amplius eius fieri non potest: ut nec aliud quidquam quod semel nostrum factum sit. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Quibus expositis constituta est Ulpiani definitio, ut nemo dubitare possit, quin omni ex parte vera sit, et recipienda adversus consentientes in omni iudice, qui aliquam iurisdictionem habeat.

XX. Superest, ut cum ex supra scriptis conditionibus iurisdictio iudicis constituta erit, videamus, quæ sit hæc subiectio, quæ nascitur ex litigatorum consensu, quæve iudicis iurisdictio. In quo breviter spectandum est, cuius sit iurisdictio, in quos, et quanta. Et definitio ostendit iurisdictionem esse cuiusvis iudicis, qui iurisdictionem habeat: ut nihil intersit, neque qualem habeat, neque quantam. Id quale esset, supra satis exposuimus. Est autem iurisdictio inter consentientes, ut eadem definitione expressum est. Consentientes intelligere debemus, qui prius eius iudicis iurisdictioni subiecti non erant: vel quia non essent ex eo territorio; vel quia non essent inter eas personas, quibus iudex præfectus est; vel quia non pertineret caussa ad iudicem. Quod si qui iure ad iudicis iurisdictionem pertinebunt, hi pertinebunt necessitate iuris, non suo consensu. Jurisdictio autem ex consensu in consentientes tanta futura est, quanta futura esset, si iure ad iurisdictionem iudicis pertinuissent. Itaque si iudex propriam iurisdictionem habuit, hæc perpetua erit in consentientes. Si habuit mandatam, hæc tandiu durabit, quandiu perseverabit mandatum: finito mandato, ut finitur mandata iurisdictio, sic et in consentientes esse desinet. Præterea in consentientes non maior iurisdictio futura est, quam iudex per se haberet, quanvis caussa delata maius aliquid desideret. Nam ut supra diximus, litigatores iurisdictionem quam iudex ex se habeat, in se admittere possunt: iudici novam dare non possunt, quam ipsi non habent.

CAP. XI.

Ubi quisque subjiciatur jurisdictioni judicis; seu ubi quisque conveniri et se defendere debeat ex alterius persona: et qui hoc nomine conveniantur.

Invitus quis jurisdictioni subjicitur ex persona, vel caussa. Ex persona iterum aut sua aut alterius. I.
Ex alterius persona heres et defensor. II.
Heres defendi debet, ubi defunctus, si viveret. Interpretatio L. Heres *in princ.* D. de judic. III.
Nec ullo excusatur privilegio, etiamsi publico, et in corpore juris clauso, ut vocant. IV. V.
Hæc Ulpiani expositio defenditur, et vindicatur a contrariis. VI. VII. V.
Defensor judicem ejus quem defendit, sequi debet. VIII.

I. ATque hoc in consentientes jurisdictionis jus est. Quod si cum invito res agetur, et qui nisi coactus nolit jurisdictionem judicis, ad quem vocatus est, subire: hic necesse est jure quemque subjici, ut dici possit esse judicis jurisdictio; seu ut dici possit competens judex esse is, qui aditur, aut ad quem quis vocatur. De quo varie constituitur jure, idque partim ex litigatorum persona, partim ex caussa. Ex persona litigatorum primum. Nam cum quæritur, an judicis jurisdictio sit in invitum, ante omnia spectandum est, quæ sit conventi persona, et quo nomine cum eo agatur. Multum enim interest, utrum conveniatur quis ex persona alterius, an ex sua.

II. Quisquis ex [1] alterius persona convenitur, subjicitur jurisdictioni ejus judicis, cujus is, ex cujus persona agitur: et, quod idem valet, ibi quisque conveniri, ibique se defendere debet ex alterius persona conventus, ubi is debuit, ex cujus persona convenitur. Id ita esse species harum personarum huic definitioni subjectæ declarabunt. Duo sunt, quæ ex alterius persona conveniuntur; heres, et defensor. Et ad utrumque superior illa definitio pariter pertinet.

III. De herede hæc Ulpiani definitio tenenda est, quæ exstat in *L. heres*, 19. in pr. D. de jud. *heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur: nulloque suo proprio privilegio excusatur.* Quæ verba breviter expendemus. Ait, heres absens ibi defendendus est. Quid si sit præsens? Multo magis ibi se defendere debet vel per se, vel per alium: facilius enim præsens ibi se defendere potest, quam absens. Et constat ius ita esse, ut qui alicubi se defendere debent, sive ibi latitent, sive absentes a nullo defendatur, mittatur adversarius in possessionem bonorum eius, et si pergat non defendi, bona distrahantur. *L. satisque D. de in ius voc. L. item*, §. *hæc autem*, *D. ex quib. caus. maio.* Cur ergo Ulpianus adiecit, absens? Quia propositum habuit distinguere absentem heredem a præsenti in conveniendi facultate ut sequens membrum indicat, et hoc sensit omnino: heres si absens est, nihilominus ibi defendendus est, ubi defunctus debuit: at non item conveniendus, quia nec potest natura absens conveniri. Sed si ibi inveniatur præsens, etiam ibi conveniendus est, non tantum defendendus. Adiecit hanc conditionem, *si ibi inveniatur*, non quæ referretur ad heredem defendendum, sed ad conveniendum, quod membrum proxime præcesserat. Adiecit autem ideo, ne quis putaret eum hanc conventionem exigere etiam in absente herede, quæ in presentem solum cadit; quasi diceret heredem etiam ibi con-

1) Paurmeist. 2. *de Jurisd.* 4. *n.* 91. *et seq.* Ex alterius, ait, persona apud judicem non suum invitus quis convenitur vel jure communi, ut Heredes et defensores, vel singulari, actoris vel rei privilegio.

conveniendum: sed ita, non si absens sit, sed si præsens, et ibi inveniatur: scilicet quia nec potest quisquam aliter conveniri. Est enim convenire aliquem, coram appellare, cum præsente agere de re aliqua, qui nobis de ea re respondeat: ut præsens quidem dicatur conveniri; absens autem per præsentem defendi. Exempla apud probatos auctores passim obvia, præsertim apud Comicos, ut apud Terentium. Uno altero contentus ero ex *Adelphis*:

Tace, egomet conveniam jam ipsum...

Et alibi

... Ego Mitionem, si apud forum est
Conveniam: atque ut res gesta est, narrabo ordine.
Si est, ut facturus officium siet suum,
Faciat: sin aliter de hac re ejus sententia est,
Respondeat mi, ut quid agam, quamprimum sciam.

Quam et proprietatem verborum eleganter servavit idem Ulpianus in *L. item*, §. *hæc autem*, *D. ex quibus cau. maj.* Interim hoc retinendum est, ita præsentem heredem conveniri debere, ubi defunctus debuit, si ibi inveniatur, ut quanvis ibi non inveniatur, nihilominus ibi se defendere debeat, ut ante dixi. Neque tamen eo minus heres absens ibi in jus [2] vocandus est, priusquam bonorum possessionem aut distractione patiatur. Alioqui quomodo constabit eum non defendi? de quo dicetur suo loco. Neque hæc inter se pugnant. Longe enim aliud est in jus vocare quempiam, aliud convenire. In jus vocari potest quivis etiam absens, ut dicetur suo ordine. Conveniri, id est, coram appellari nemo, nisi præsens. Defendendus est igitur heres et præsens et absens, ubi defunctus debuit. Denique ibi defendendus omnimodo. Ibi defendi heredem debere, cum dicit Ulpianus, hoc dicere intelligitur, defendi eum ibi debere, etiamsi ex sua persona alibi conveniri et se defendere deberet. Quod et verum est: et hujusmodi exemplo declaratur in *L. si is qui*, 34. *D. de jud.* Defunctus Romæ contraxit, aut Romæ judicium suscepit de re aliqua, vel Romæ domicilium habuit: quibus omnibus de caussis, ut postea dicetur, subjiciebatur jurisdictioni, seque defendere debebat Romæ. Si proponas heredem alibi habere domicilium, quanvis trans mare; tamen in ea caussa est, ut Romæ defendi debeat.

IV. Ait Ulpianus, *nulloque suo proprio privilegio excusatur.* Privilegium intelligit proprii iudicis: cum heredi proprius iudex datus est, ad quem præter rationem communis iuris revocare liceat: puta etiamsi conveniatur in iis locis, in quibus iure communi conveniri potuisset: cuiusmodi loca vulgaria sunt duo, ubi domicilium habet, et ubi contraxit. *d. L. heres*, §. 1. *de jud.* Tale est privilegium militum, quibus militares iudices dati, ad quos revocare ex superioribus locis, possint. *L. penult. C. de pact. L. si quis posteaquam*, 7. *D. de jud. L. magisteriæ*, *C. de jurisdict. omn. judic.* Tale privilegium scholasticorum, quibus præter communes iudices et ordinarios Rector universitatis datus est, ad quem revocare possunt ex *Auth. habita*, *C. ne filius pro patre.* Tale ecclesiasticorum ex costitutionibus, quibus datum est, ut ad episcopum suum revocent. *L. placet*, *C. de episcop. et cler. Authent. statuimus*, *C. de epis. audien.* Cum dicit Ulpianus heredem nullo privilegio in hac re excusari, significat huiusmodi privilegia non esse unius generis, et ita est: Privilegium ad iudicem proprium revocandi duplex est, unum privatum, alterum publicum et commune. Privatum, quod privato alicui conceditur a principe privato diplomate; ut si cui princeps ob gratiam vel dignitatem certum iudicem attribuat, quo uti is possit, cum visum est. Publicum et commune voco privilegium, legibus publicis certo generi personarum tributum proprii iudicis: qualia sunt illa, quæ modo diximus, militum, scholasticorum, ecclesiasticorum.

V. De privato privilegio, quod diplomate impetratur a principe, omnes interpretes consentiunt, heredem ex persona defuncti conventum nullo eiusmodi privilegio excusari posse, quo minus se defendere debeat, ubi defunctus debuit. Et recte. Non enim beneficia principum in cuiusquam iniuriam tribui solent. *L. nec avus*, *C. de emancip. lib.* Sed de publico privilegio, et ut ipsi loquuntur, de eo, quod in corpore iuris inclusum sit, dis-

2) Sed Costal. *ad d. L.* 19. Heredem absentem posse conveniri ubi defunctus debuit, quoad negocia cœpta. Quoad nondum cœpta autem in testatoris foro non conveniri, nisi ibi inveniatur et sit præsens, et Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 47. ita absentem respondere cogi etc. si defunctus ibi judicium acceperit *L.* 34. *h. t.* quia per litis contestationem perpetuata jurisdictio. Quod tamen, ut apparet ex *n.* 63. ita intelligit, nisi heres bona habeat in loco contractus cum defuncto initi.

dissentiunt, et maxima ex parte [3] defendunt heredem huiusmodi privilegio uti posse, ne ibi conveniatur, ubi defunctus debuit. Moventur verbis Ulpiani quæ sunt in superiore definitione. Non enim dicit simpliciter heredem nullo privilegio excusari; sed *nullo suo proprio.* Aliud est proprium, aliud commune. Proinde communi excusabitur heres, qui proprio solum uti prohibetur. Addunt exemplum legatorum, quibus olim datum erat, ut Romæ conventi, ubi alioqui iure communi conveniri omnes poterant, constat datum fuisse, ut domum revocare possent ex privilegio: quod beneficium illis non privato diplomate, sed publice constitutionibus datum est. Sed probandum est heredem, quominus conveniatur, ubi defunctus debuit, nullo neque privato, neque legibus in commune certis personis tributo privilegio excusari aut defendi posse. Id adeo verba Ulpiani diserte exprimunt. Non enim dicit heredem non excusari hoc aut illo privilegio, sed nullo. Qui nullum dixit, omnia huius generis exclusit. Nec quidquam mutat, quod Ulpianus ait *nullo suo proprio privilegio.* Nam et quod legibus certo generi personarum tribuitur, id proprium cuiusque privilegium est. Id enim proprium dicimus, cuius commodum, aut incommodum ad aliquem suo nomine pertinet. *L.* 1. §. *in propria, D. quand. appel. sit.* Quod autem privilegium legibus tribuitur, eius commodum ad singulos, quibus tributum est, suo nomine pertinet. Proprium igitur et hoc privilegium singulorum. Non obstat, quod id privilegium commune est omnium eius generis personarum, cui generi id tributum est. Nam hoc privilegium idem et commune est, et proprium. Commune, si universitatem eius generis spectemus, quia omnibus in commune seu universim tribuitur. Proprium, si spectemus singulos. Sed et commune es utendi potestate, dum singuli ex re nata eodem uti possunt. Usu singulorum proprium: cum enim singuli utuntur in caussa sua, sibi proprie utuntur. Postremo in usu iuris constat, quod commune est, etiam proprium nostrum dici, et merito: quia quod commune est, saltem pro ea parte, quæ iure attingit, meum est. *L. pupillus*, §. *ult. D. de verbor. signifi.*

VI. Quominus autem dubitemus definitionem Ulpiani ita accipiendam esse, sententia superior et certa ratione iuris, et certis exemplis defenditur: quibus omnibus efficitur, quoties quis ut heres convenitur, iure eum defuncti uti debere, nec posse ullo privilegio suo neque privato uti, neque communi. Jus ita est, comprehensum regula juris: qui in jus alterius succedit, jure ejus uti debet. *L. qui in jus, D. de regul. jur.* Juris ejus æquitas hæc, quæ et hic animadversa est a veteribus: est enim iniquissimum eum qui cum defuncto contraxit, aut aliquid negotii interpositum habuit, conditionem et privilegium heredis sequi, cum quo nihil contraxerit. *L. apud*, 3. *D. quibus ex caussis in possess. eat.* Adde his exempla pupilli et fisci, in quibus jus superius quod dixi, nominatim confirmatum est. Pupillus inter cætera beneficia ei ætati ob favorem tributa, hoc privilegio ex edicto utitur, ut si is non defendatur, bona quidem ejus possideri possint a creditoribus, et non etiam distrahi. *L. in possessionem*, 6. in princ. *D. quibus ex caus. in posses. eat.* Sed hoc hactenus, si ex persona sua conveniatur. Quod si patri heres conveniatur ex contractu patris, placet eum uti jure defuncti, ut si non defendatur, non solum bona patris possideri possint, sed etiam suo tempore venire eodem jure, quo si cum patre ageretur; ob eam æquitatem videlicet, quam supra dixi, *d. L. apud*, 3. *D. quibus ex caussis in posses. eat.* Fisci quoque certum privilegium est, non illi a principe aliquo privatim; sed legibus publicis et jure communi tributum, ut præferatur etiam privilegiariis creditoribus omnibus. Præterea et tacitam hypotecam habeat, qua præferatur etiam hypothecariis creditoribus posterioribus. *L.* 2. *C. de privil. fisc.* Idem tamen si privato successerit, privati jure utitur, non ullis privilegiis suis quanvis jure publico constitutis. *L. fiscus*, 6. *D. de jur. fisc. L. cum quidam*, §. *fiscus*, *D. de usur.* Quæ si in fisco recte dicuntur, multo magis in herede privato admittenda sunt.

VII. De legati exemplo, quod ab istis adfertur, respondeo: nam de verbis Ulpiani jam ante satis respondi. Legati si Romæ convenirentur olim, jus revocandi domum habuerunt, privilegium scilicet ipsis jure publico tributum. Hoc ita est, si ut legati convenirentur, non ut heredes. Quod si ut heredes, omnino defuncti jure uterentur, non suo. Nam et fisco similiter sua privilegia jure com-

3) Eaque sententia vicit Bart. Castr. et Costal. *ad d. L.* 19. vid. Paurmeist. 2. *de Jurisd.* 4. *n.* 93. *et C.* 8. *n.* 56. Ant. Massa Gales. *ad Formul. Cam. oblig. P.* 2. *ad* 2. *oblig. particulam. Q.* 2. *n.* 3. Covar. *Pract. QQ. C.* 7. Vinc. de Franch. *Decis.* 234. adi tamen Prider. *de Proc. extr. Lib.* 3. *C.* 5. *n.* 7. An heres ob juramentum defuncti æque possit conveniri in foro ecclesiastico, uti potuit defunctus? vid. Seraphin. de Seraph. *Privil. juram.* 67. *n.* 22. *et seqq. ubi in Addit.* Martin. Benckendorf. *n.* 18. negant.

communi tributa sunt: quibus tamen omnes juris auctores consentiunt, eum uti posse, si conveniatur aut agat, ut fiscus, ex persona nimirum sua. Quod si ut heres, hic vero eum jure privati uti, *d. L. fiscus*, *D. de jur. fis.*

VIII. Defensoris eadem caussa, quæ heredis. Defensor est, qui alium in iudicio defendit. Quisquis alienæ litis defensor est, sive volens defensionem suscipit, sive iure coactus, eius iudicem sequi debet, quam iudicio defendit. Cuius sententiæ certum argumentum præbet exemplum venditoris in caussa evictionis. Nam venditor is est, qui si conveniatur emptor de proprietate rei venditæ, defendere eum cogatur ab eo interpellatus, ut caussæ agendæ adsit. *L. cum ex caussa*, 139. *D. de verb. obligat.* Si tamen venditor, inquit Paulus, ab emptore denuntiatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicat se privilegium habere sui iudicis, non audietur, sed emptoris iudicem [4] sequi debebit. *L. venditor* 49. *D. de jud.* atque id efficit defensoris verbum: nam defendere est eamdem vicem, quam reus subire. *L. minor*, 51. *L. sed et hæ*, 35. §. *defendere D. de proc.* Quæ cum ita sint in his personis, restabit hoc solum, ut quæratur, ubi conveniri et defendi debeat is, cuius ex persona agitur. Et defendi tum defunctus, tum dominus litis ibi debent, ubi quisquis ex persona sua iurisdictioni subiicitur. Proinde qui noverit, quis cuius iurisdictioni subiiciatur ex sua persona, idem quis subiiciatur ex persona tum sua, tum aliena, noverit.

4) *L. 1. L. 2. L. ult. C. ubi in rem act.* vid. Wes. *ad d. L.* 1. Duar. *de Judic. Cap. de Foro comp. f.* 170. (ubi docet in *d. L.* 49. mentionem privilegii fieri, quia ex facto inciderat quæstio, non quia aliud sit in alio judice) Gail. 1. *Obs.* 37. Suarzenthal. *Lib.* 1. *Process. judic. C.* 6. *n.* 40. *et seqq.* Unde Paurmeist. *Lib.* 2. *de Jurisd. C.* 4. *n.* 95. notat directo statui imperii et imperio mediate subjectum, si quid vendiderit ei, qui immediate subest, eique lis coram Imperatore mota denuncietur, ejusdem tribunalis jurisdictionem subeat necesse esse. Idem esse etsi clericus sit defensor, communius placuit teste Monach. *Pract. judic. P.* 2. *C.* 6. *principali n.* 59. et in Senatu Spirensi servatur, Gail. 1. *Obs.* 37. *n.* 7. P. Frider. *de Process. extr. Lib.* 3. *de Contin. causs. C.* 5. *n.* 8. diss. Joan. de Arnono *Singul.* 69. Fidejussor vero convenitur coram suo, non principalis debitoris, judice, vid. Hering. *de Fideiuss. C.* 23.

CAP. XII.

Ubi subjiciatur quisque ex persona sua jurisdictioni, tum quibus de caussis: et in his primum de domicilio.

Ex persona sua subjicitur quis jurisdictioni jure communi quatuor ex caussis; quæ istæ. I.

Ex Domicilio. Commune hoc et privatum. II.

Privatum quid sit. In ista desiderari habitationem et animum consistendi. III.

Animus consistendi unde æstimetur. IV.

Qui habeant ex alterius persona domicilium. V.

Unumquemque ibi conveniri et defendi oportere, ubi habet domicilium. Exponitur. L. 2. *vers.* nam ibi C. de Jurisd. VI.

In quacunque civili et criminali caussa, actione in rem et personam actor sequitur forum rei. VII.

In caussa status qua distinctione res temperetur. VIII.

In duplicibus judiciis quomodo res expedienda; quis habendus pro actore. IX.

Horum Pauli I. C. verborum: appellat, qui prior agit *quæ vis et sententia Bartoli interpretatio revincitur.* X.

Item alia contraria removentur. XI.

I. Ex sua vero persona subjicitur unusquisque jurisdictioni judicis, ut sunt caussæ, propter quas jure quemque subjici placet: quæ caussæ jure certæ et definitæ constitutæ sunt. Hoc modo subjicitur quisque jurisdictioni partim jure communi, partim ex privilegio. Jure communi omnino quatuor res sunt, quæ eos qui ex persona sua conveniuntur, jurisdictioni ejus, apud quem agitur subjiciunt: quæ eædem faciunt, ut judicis jurisdictio sit de ea re, de qua agitur; sive ut sit competens judex, quem quærimus; apud quem propterea quisque agere et conveniri debeat. Sunt autem hæ res, totidem subeundæ jurisdictionis [1] caussæ: Domicilium litigatoris in territorio iudicis constitutum; obli-

1) Vulgo ita quatuor caussas constituunt ex *C. ult. de foro comp.* Domicilium, Contractus, Delictum et Rem sitam, vid. Vult. *ad* L. 2

obligatio, qua de agitur, ibi contracta; Res ita sita, de cuius proprietate aut possessione agitur; iudicium ibi apud eum judicem cœptum.

II. In primis domicilium, de quo ita ius est: unumquemque, ibi id est in eo territorio, defendi debere, et quod idem est, ibi iurisdictioni iudicis eius territorii subiici, ibi forum sortiri et habere, ubi domicilium habet. *L. heres* §. 1. §. *ult. D. de iudic. L.* 2. *C. de iurisdict. omn. iudic.* Recte; ut enim territorium ipsum, sic et omnis qui ex territorio est, eius territorii jurisdictioni subiicitur, et quidem multo magis: cum homines sint proprie, in quos dici possit jus esse terrendi, unde territorium dictum volunt; *L. pupillus*, §. *territorium*, *D. de verb. signif.* non autem loca inanimata, quorum nullus est sensus. Est autem ex eo territorio, quisquis in eo domicilium habet. Itaque in tota hac quæstione diligenter ante omnia statuendum est quod sit domicilium cujusque, et ubi jure habeatur. Domicilium Romanis duplex: quoddam privatum, quoddam commune. Et commune Romanis olim fuit Roma: de quo nonnihil postea ordine.

III. Hoc sublato, ut et Roma ipsa Imperii sede, mansit, et manet etiam nunc domicilium cujusque privatum. Id domicilium [2] describitur pluribus verbis non ineleganter in *L. cives C. de inco. lib.* 10. sed majore venustate, quam certitudine definitionis. Nam illa, sedem rerum suarum alicubi constituere; inde non esse discessurum si nihil avocet; inde si quis profectus sit, eum peregrinari videri, quæ sunt in superiore descriptione: si non æque incerta sunt, atque illud, alicubi domicilium habere, ut certe non sunt: incerta sunt tamen, et adhuc illam quæstionem desiderant, unde sedem alicubi ita constitutam intelligamus, ex quo illa sequuntur, quæ diximus. Pressius igitur, et certius sic domicilium cujusque privatum recte definietur: ut sit locus, in quo quis habitat eo animo, ut ibi perpetuo consistat, nisi quid avocet. In summa si distincte dicendum est, duæ res domicilium constituunt, quas superiore definitione volumus intelligi, habitatio cuiusque, et animus ibi consistendi. Primum habitatio: sine hac domicilium non est. Itaque ut maxime quis in aliqua civitate non unam domum, sed plures possideat; si in illis non habitat, illic domicilium non habet, eoque nec propter eas ibi conveniri potest. Quo pertinet illa Papiniani definitio: *sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium* [3] *non facit.* L. libertus §. *sola domus*, *D. ad munic.* Habitatio non est satis, animum consistendi accedere oportet: ut quis scilicet ita ibi inhabitet, ut ibi sedem sibi [4] constituerit, idest, ut ibi perpetuo consistat, non temporis caussa: nisi aliquid inde avocet. Quisquis temporis caussa alicubi commoratur et consistit, ibi domicilium non habet. Veluti, si qui legationis caussa aliquo venerint, et dum legatione funguntur, ibi habitationem conduxerint: si qui venerint aliquo negotiandi, aut mercaturæ discendæ caussa. Ipsi adeo studiosi qui aliquo venerint studiorum caussa, hoc ipso quod ibi ita consistant, ut post studia completa domum redeant; quantocunque tempore ibi constiterint, tamen ibi domicilium [5] non habent: eoque nec

C. de iurisd. n. 2. *et* 9. *et ad L.* 5. *eod. n.* 3. *et ad L. ult. C. Ubi in rem act. n.* 3. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 4. Recte vero diversa caussa et peculiaris statuitur delictum publicum, quando criminaliter agitur; Quando vero civiliter venit nomine contractus *L.* 20. *de O. et A.* Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 27. *n.* 11. adde forum continentiæ caussarum, et ita quinque caussas habet, Alnod. de Reig. *Disp. Process.* 1. *Th.* 77. ita bipartito: Forum sortiri aliquem aut loco, et vel ratione domicilii vel rei sitæ; aut obligatione et vel ratione contractus vel delicti.

2) Quæ descriptio est domicilii habitationis, quod accidentale quidam vocant, et domicilio naturali seu originis opponunt. Verum hujus effectus in munerum civilium delatione ac injunctione, non in foro sortiendo vel jurisdictione subeunda: vid. Menoch. 6. *Præsum.* 42. *n.* 5. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 9. *Gl.* 2. *n.* 21. *et seqq.* Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 1. *n.* 17. Jo. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *C.* 6. *principali n.* 9. *et ad Rub. extra de foro comp. n.* 9. *et seqq.* Gœd. *ad L.* 190. *de V. S. n.* 4. Nec in loco nativitatis suæ parentumve (sic enim ortum ab oriundo distinguunt, ut hic dicatur non qui ibi natus, sed genus duxit, seu oriri debuit, Alc. *ad L.* 147. *de V. S. n.* 4. *et ad d. L.* 190. *n.* 3. Scal. *Lib.* 7. *de Ca. ling. lat. C.* 149. etsi sæpe discrimen negligi a Jurisconsultis scribat Gœd. *d. loc. n.* 3. contra Cujac. 24. *Obs.* 33. qui docet voculam *oriundum* jure nostro semper notare originem paternam, non propriam et natale solum) forum competens, nisi ibi reperiatur, Monach. *dd. locis* Gail. 2. *Obs.* 36. *n.* 11. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 28. *n.* 75. *et seqq.* Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 8. *n.* 37. Quod tamen generali Germaniæ usu non obtinere, quin effectum domicilii originis generaliter sublatum esse notat, *ibid. n.* 38. post Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 28. et Vult. *ad L.* 2. *Cod. d. iurisdict. n.* 23. Domicilium tamen præsumi aliquem habere in loco originis, idem *d. C.* 1. *n.* 5. *per L.* 3. *Cod. de municip.* et arg. *L.* 6. *princ. et* §. *ultim. L.* 17. §. 11. *ad Municip. L.* 26. *de capt. et postl.* ideoque si ibi conventus dicat se alibi domicilium habere, onus probandi illius esse. In dubio appellatione domicilii venire habitationis non nativitatis, post alios Decian. 4. *Tr. crimin.* 16. *n.* 13. quia id specialiter ac proprie sic dicitur, Paurmeist. *d. C.* 8. *n.* 25.

3) *L.* 4. *C. de incol. L.* 53. *C. Th. de decurion.* Cujac. 14. *Obs.* 12. *et* 24. *Obs.* 33. Wes. *Cons.* 1. *n.* 57. Domus enim possessio facti est, domicilii constitutio juris. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 28. *n.* 31. *et seqq.* Etsi Galliæ moribus aliud, Hotom. *Cons.* 52. *n.* 22. Contra ubi domicilium, ibi necesse esse, ut sit domus, Cujac. *d. Obs.* 33. *in fin.* Non tamen propria, sed etiam aliena vel conducta, precaria aut gratuita, vid. Gœd. *ad L.* 203. *de V. S. n.* 2.

4) Ubi larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit *L.* 7. *Cod. de incol.* ubi quid laris vocula significet, scite explicat Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 9. Sane si animus consistendi et domicilium constituendi expresse appareat: incolam fieri quem, etsi majorem partem bonorum, ubi habitat, non collocaverit, Menoch. 2. *Arb. Cas.* 86. *n.* 2.

5) Ideoque nec de contractibus alibi initis, in loco studii seu domicilio, studiosus conveniri potest, Bart. *ad L.* 19. §. 2. *hoc tit. n.* 7. Rebuff. *Privil. Schol.* 121. Pac. *Comm. ad Auth. habita Cap.* 9. *n.* 14. Tametsi gaudeant privilegiis civium illius civitatis, Rebuff. *d. Priv.* 121. qui et tradit *Privil. seqq.* si ex statuto vel consuetudine habeantur pro civibus, tantum quoad ea, quæ favorem concernunt,

nec de iis quæ alibi contraxerint, non autem ibi ubi studiorum caussa degunt, ibi a quoquam conveniri possunt. *L.* 2. *C. de inco. lib.* 10.

IV. Quod si dubitabitur, quis sit animus in ea re cuiusque; de eo duabus his ex rebus [6] æstimandum est; ex muniis vitæ quotidianæ, quæ quis alicubi obeat, tum ex ordine et conditione personæ. Ex muniis vitæ; si quis aliquo in loco eo faciat, quæ facere ejus loci cives et incolæ solent: puta, si in eo loco semper agat; in illo emat, vendat, contrahat; in eo foro, balneis, et aliis locis communibus utatur; ibi festos dies celebret; omnibus denique commodis loci fruatur, ut Ulpiani descriptio est in *L. ejus.*, 27. §. 1. *D. ad municip.* Ex conditione personæ; si cuius ea conditio sit, propter quam eum in aliquo loco semper consistere necesse sit. Cui rei exemplo sunt tres; senator, miles, relegatus: de quibus ita veteres. [7] Senatores etiam qui liberum commeatum, idest, ubi velint morandi arbitrium acceperint, nihilominus domicilium in urbe retinere. *L. filii*, §. *penult. D. ad municip.* Nempe quia et illos in urbem consistere propter ordinem convenit. Militem ibi domum habere videri, ubi meret, si nihil in patria possideat: quasi animo ad eum locum adiecto, in quo ad militandum consistere, et stipendium accipere cogitur. *L. municeps*, §. 1. *D. ad municip.* Et relegatum in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium [8] habere. *d. L. filii*, §. *relegatus*, *D. eod.* Et hæc quidem unum saltem cuique domicilium constituunt. Quid si quis duobus pluribusve locis ita se instruxit, ut ex æquo in his negotiaretur, ageret? Obtinuit sententia eum, qui id faciat, [9] totidem locis domicilium habere videri. *L. Labeo*, 5. *L. assumptio*, seq. §. *penult. D. ad municip.* quod et superiori definitioni convenit. Quid, si quis proponatur sedibus patriis ejectus vel bello, vel aliis casibus, errare cœpisse, et sedes quærere? et generaliter domicilio relicto navigare, vel iter facere quærens, quo se conferat, atque ubi consistat? Consequens est superioribus, nusquam [10] eum domicilium habere: idque ita scriptum est in *L. ejus, qui*, §. *Celsus*, *D. ad municip.* proinde et illud consequens nec quasi habeat, eum usquam se defendere cogendum, sed sicubi cogi volumus, alias caussas ad iurisdictionem subeundam quæri oportere.

V. Sed hæc dicta sunt de iis, qui ex sua persona domicilium constitutum habent: quorum ideo et habitatio et animus in hac re spectandus est. Sciendum est esse: qui ex alterius persona domicilium habere intelligantur. Quod cum fit, hic vero ex illo altero istorum domicilium æstimandum est. In hoc numero tres habentur jure civili; libertus, servus habitus, mulier nupta. Liberti, eorumque filii domicilium patroni sequuntur, ut quanvis alibi degant, tamen intelligantur domicilium habere, ubi patronus habet. *L. filii.* in princip. *D. ad municip.* Servus habitus ex servitutis possessione in libertatem proclamans sequitur domicilium domini. *L.* 1. *C. ubi cau. stat. ag. deb.* Mulier nupta, ubi ubi habitet, et Consistat, semper mariti domicilium, unaque et forum sequitur; neque id tantum quamdiu nupta est, sed [11] et vidua, donec se alii viro junxerit. *L. filii*, §. 1.

non quæ damnum et odiosa sunt. Exceptio in *d. L.* 2. *Cod. de incol.* nisi 10. annis transactis sedes ibi constituerint. Non igitur solus decennii lapsus incolam cum faciet. Sed factum cum tempore conjunctum illa verba requirunt, ut scilicet habitationem perpetuam constituerit, aliudve fecerit, unde animus contracti domicilii appareat. Immo si certum sit studiorum gratia adhuc commorari, animumque suum declaret, nec per mille annos domicilium contrahet, ut Menoch. 2. *Arb. Cas.* 86. *n.* 6. *et* 7. *et n.* 22. Vult. *in L.* 2. *Cod. de jurisdict. n.* 19. *et seq.* Pruckm. *Vol.* 1. *Cons.* 27. *n.* 71. Zang. *d. Cap.* 1. *n.* 19. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 28. *n.* 49.

6) De conjecturis contracti domicilii, vid. Alc. *in L.* 239. §. *incolæ* 2. *de V. S.* Decian. 4. *Tr. crim.* 16. *n.* 8. Menoch. 2. *Arb. Cas.* 86. Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 5. *et seq.* Quando autem animus constituendi verbis declaratus vel re et facto, decennii lapsus non requiritur, Gail. 2. *Obs.* 55. *n.* 7.

7) *L. pen. de Senat.* Senatoribus Italia egredi non licuit, nisi jure liberæ legationis dato, de quo vide Zamosc. *Lib.* 1. *de Senatu pag.* 62. *et seqq.* Eadem ratione Clericis domicilium est in loco beneficii requirentis assiduitatem vel residentiam. Henric. Bover. *Singul.* 2. *n.* 1. Paurmeist. 1. *de Jurisdict.* 7. *n.* 30. Decian. 4. *Tr. crim.* 16. *n.* 14.

8) Qui et in loco unde arcetur id retinere potest *L.* 27. §. *ult. d. t.* cum ibi Procuratorem habere possit *L. Papinianus* 20. *de minor.* P. Greg. 18. *Synt.* 13. *n.* 26. Vocant hoc domicilium necessarium, uti alterum, quod sua sponte quis constituit, voluntarium, Monach. *supra d. C.* 6. *n.* 9. Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisdict. Cap.* 28. *n.* 12. declarans *n.* 15. hoc obtinere in relegatione perpetua vel saltem decennali.

9) *L.* 27. §. 2. *eod. Cap. ex parte de foro comp.* Ut si per semestre æstivum, hic, per hybernum illic habitet Tiraq. *de Nobil. C.* 37. *n.* 131. Gœd. *ad L.* 203. *de V. S. n.* 2. Quod si pro majore parte anni uno loco habitet, ibi solum, post alios Zang. *d. C.* 1. *n.* 35. quod non omnino admittit Pruckm. *Vol.* 1. *Cons.* 31. *n.* 72. Sed etsi utrobique possideat bona, æqualiter habitans: ubi major pars bonorum, Decian. *Lib.* 4. *Tr. crimin. C.* 16. *n.* 10. Ubi vero plura rei domicilia, electio est actoris arg. *L.* 4. *de eo quod. cer. lo.* Zanger. *d. C.* 1. *n.* 16. Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 7. *n.* 31. post alios testans de communi. Exceptionem subdit, nisi agatur de beneficio ecclesiastico, ubi judex beneficii solus competens, nec alius adiri potest, etiam consentiente reo sine illius licentia. *Cap. significasti* 18. *de foro comp.*

10) Ubi si vagabundus si reus aut fugitivus detineri et judicari potest, ubicunque reperitur vel ut plurimum versatur, Zang. *d. C.* 1. *n.* 38. Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. C.* 13. Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 1. *n.* 78. *et seqq.* Quod restringunt nisi satisdare paratus de sistendo se et respondendo in loco domicilii; Idque Monach. *Pract. judic. P.* 2. *Cap.* 6. *principali n.* 64. ita admittit si certum domicilium aliquando habuerit. Sed Coler. *d. lo. n.* 85. *post Panorm. in Cap. fin. de foro comp.* restrictionem hanc in dubium merito vocat, maxime vero quando contractus paratam habet executionem, omnino reiicit, quem adi. Potest et tunc adiri judex omnium communis seu superior, Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 33. *et seqq.* Vult. *in L. ultim. C. Ubi in rem n.* 23.

1. *D. ad municip. L. ultim. C. de jur. lib.* 10. *L. exigere, D. de jud. L. penultim.* in princip. *D. de jurisd.*

VI. Domicilio constituto redeo ad juris constitutionem, quam supra posuimus, unumquemque ibi defendi debere, ubi forum suum habet, et judicis jurisdictioni subjici, ubi domicilium habet, *d. L. heres*, §. 1. §. *ult. D. de jud.* Ubi verba ejus juris observanda sunt, et expendendum, quod dicitur, ubi domicilium reus habet, cum scilicet convenitur, non autem antea habuit. Et res ita habet; si alibi reus domicilium habuit, idque alio transtulit prius quam conveniretur, ibi solum conveniri potest, ubi nunc habet, non autem ubi habuit. Nam si propter domicilium quod quis habet, potest alicubi conveniri: sequitur, ut sublato domicilio priore, quod ejus mutatione contingit, non possit amplius ob id domicilium usquam conveniri. Denique [12] mutatione status mutari forum, et ad alium judicem perveniri declaratur. *L. ult. C. de inco. lib.* 10. *L. penult.* in prin. *D. de jurisd.* Quod tamen videri potest negari in *L.* 2. *C. de jurisd.* ubi hæc verba sunt: *Nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.* Sed hæc verba, *vel tempore contractus habuit*, sic interpretanda sunt, vel tempore contractus ibi interpositi habuit, ut reus eius loci forum sequi debeat, non quia ibi aliquando domicilium habuit, sed quia ibi [13] contraxit. Et constat unumquemque subjici jurisdictioni judicis in eo loco, in quo contraxit. *d. L. heres*, §. 1. §. *ult. de jud.* Sic locum accipiendum ipse adeo locus evincit. Sic enim verba sunt, ut velit non solum in his duobus locis rerum conveniri oportere, ubi domicilium habet, vel tempore contractus habuit, sed etiam nominatim in his duobus tantum. Atqui si contractum intelligemus alibi habitum, quam ubi reus domicilium prius habuit, eveniet, ut tribus locis reus conveniri possit, et se in his defendere debeat, ubi domicilium habet, ubi prius habuit, et ubi contraxit. Quod cum fit adversus manifesta verba ejus rescripti, repugnant hæc ipsa, et simul loci sententia, quominus illic alium locum contractus accipiamus, quam eum ipsum, ubi et ejus domicilium habuit. Hac autem sententia admissa, quæ certissima est, nihil habet contrarii, quod dicitur reum etiam ibi conveniri posse. Potest enim, non quia ibi domicilium habuit, sed quia cum haberet, et ibi contraxit. Argumento est, quod re ibi contracta posset eo loco conveniri, etsi illic domicilium non habuisset.

VII. Stet igitur hæc sententia, ibi quemque conveniri posse, conventum ibi defendi debere, ubi domicilium habet, ubi habet, inquam, cum convenitur; non ubi prius habuit si domicilium mutavit. Jus certum, si et reus et actor communiter ambo in eodem territorio domicilium habeant. Sic enim fit, ut ex una et communi caussam eumdem judicem recte sequamur. At quid, si reus alibi domicilium habeat, alibi actor, et quæratur, uter alterius forum, idest, domicilium in quo forum suum habet sequi debeat? Et certa hic juris constitutio est, actorem rei forum et domicilium sequi debere, non reum actoris: neque id solum in civilibus, et pecuniariis caussis, sed etiam in criminalibus: et in civilibus non tantum in actionibus in personam, sed etiam in rem. Sententia compluribus locis [14] tradita, ut *L. 2. L. in criminali, C. de jurisd. omn. jud. L. ult. C. ubi in rem act. exc. deb.*

11) Add. *supra Lib.* 13. *C.* 21. *N.* 6. Et si marito plura fuerunt domicilia, eadem retinet vidua, nisi unum eligat, ibique cum familia habitet, veluti quo dotalitium constitutum habet. Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 57. Exceptio est, nisi luxoriose vivat, Decian. 4. *Tr crim.* 8. n. 4. An vero etiam uxor forum, quod maritus jure speciali habet, fortiatur, vid. Vinc. de Franch. *Dec.* 563. aliquando notant, maritum domicilium uxoris sequi, et ibi forum sortiri, Decian. *d. C.* 8. *n.* 5. Zang. *d.* C. 1. *n.* 24. *mann. der. Mann. zum. Weibe einfreyet.* Sed rectius dicemus, opinor, eo quidem casu uxorem non mutare forum, sed servare, ut Decian *d. Lib.* 4. *Cap.* 16. *n.* 17. non ideo tamen maritum ex alterius uxoris persona forum sortiri sed ex sua et facto proprio, dum ibi animum consistendi declarat, et domicilium instituit: alias secus, etsi in patria uxoris commoretur, vid. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 165.

12) Quare etsi ante contractum matrimonium diversum habuerit forum uxor, eademque ex caussa antiquiori conveniatur, modo lis non ante inchoata fuerit, domicilium posterius mariti forum competens facit, non anterius, arg. a contrario ex *Lib.* 2. *d. L. pen. pr. et L.* 7. *de jud.* Georg. Acac. Enenkel. *Lib.* 2. *de Privileg. C.* 4. *n.* 83. Ceterum etsi domicilia habitationis pro arbitrio transferantur, cumque ipsa voluntate mutentur *L.* 31. *ad Munic.* (licet nuda contestatio non sufficiat *L.* 20. *d. t.*) domicilium tamen originis, quia naturale, est immutabile jure Romano *L.* 6. *pr. D. d. t. L. pen. C. de Municip.* nec quis renunciare illi, aut se ei eximere potest, respectu honorum et munerum personalium, Zang. *d. C.* 1. *n.* 25. Decian. 4. *Tr. crim.* 16. *n.* 19. Vultei. *ad L.* 2. *Cod. de jurisdict. n.* 18. Bodin. 1. *de Rep.* 6. *n.* 59. Usu tamen Germaniæ communi domicilio translato, jus civitatis patriæ ejusque privilegia et effecta, etiam in muneribus, sublata censentur, Gail. 2. *Obs.* 36. *n.* 7. Vult. *d. n.* 18. Zang. *d.* 1. *n.* 28.

13) Duar. tamen de judic. *Cap. de Foro comp. f.* 167. Domicilium intelligit, quod vel habet reus, vel tempore contractus habuit. Quæ sententia speciem æquitatis præ se fert, maxime si cum DD. ut *infra C.* 14. *N.* 6. ponas in loco contractus non aliter tenere conventionem rei, quam si tempore litis intentatæ ibi versetur. Quid enim si quis Lipsiæ ex. gr. contraxerit cum cive Dresdensi, Lubecam postea domicilium transferente? Inique videtur agi cum actore, si litis instituendæ gratia Lubecam ipsi proficiscendum, qui si hoc eventurum scisset, forte non contracturus. Et pro ea argumentum duci potest ex iis quæ *not. supra Cap.* 9. *N.* 16. ver. *nec tantum.* Verum an juri consona sit ambigo, per ea quæ hic noster.

14) *L.* 3. *pr. de al. judic. mut. ca. C. cum sit generale* 8. *C. si clericus* 5. *de foro comp. C. experientiæ.* 15. *Cap.* 11. *Q.* 1. Atque hic legum solitus ordo *L.* 6. §. 4. *C. de his qui ad eccles.* juris ordo non convertendus *d. L.* 2. *Cod. de jurisdict.* Quanvis enim conventione ab illo recedi queat, cum prorogatur jurisdictio, *ut supra C.* 19. non tamen tunc convertitur, eo quod fiat volente reo, cujus favore ita constitutum est. Vult. *in d. L.* 2. *n.* 7. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 27. *n.* 15. Et hæc regula generalis *d. C.* 8. obtinens in petitorio et possessorio, sive ordinarie sive summarie et extraordinarie agatur, Vult. *ad L. ult. Cod. Ubi in rem act. n.* 2. Cujus etsi plures exceptiones proferantur a DD. pleræque tamen ejusmodi, ut regulæ non insint, vid. Vult. *ad d. L. ult. n.* 17. *et seqq.*

deb. L. 3. *C. ubi caus. stat. agi deb.* Jus ductum ex æquitate naturæ: quæ et regulis juris confirmata est, qua placet favorabiliores esse reos utpote laborantes, quam actores: proinde et in pari caussa possessorem, id est, reum potiorem haberi debere. [15] *L. favorabiliores, L. in pari, D. de regul. jur.*

VIII. Et siquidem in hac quæstione constet, uter sit reus, uter actor, res ex hoc jure est expedita. At quid si de eo dubitemur? Danda nimirum fuit opera, ut sicubi esset hæc dubitatio, res certo jure decideretur, sine qua in foro competenti et jurisdictione constituenda longius progredi non liceret: quod in hac parte factum est. Incidit autem hæc dubitatio in duobus generibus judiciorum, in caussa status, et in duplicibus judiciis. Caussa status agitur inter servum et dominum, inter libertum et patronum: cum scilicet dominus aliquem servum suum esse dicit; qui servus dicitur, se liberum esse contendit: patronus aliquem dicit libertum suum; libertus contra contendit se ingenuum. Propone in hac caussa, eum qui se dominum dicit, alibi domicilium habere; alibi autem degere eum, qui servus dicitur. Uter alterius domicilium sequetur? Respondebimus videlicet ex superiore jure actorem rei domicilium secuturum. At uter reus? Is enim in hac caussa [16] reus idem, qui possessor, ut fit in judiciis petitoriis, cum quæritur initio uter actor sit, uter is cum quo agitur. §. *retinendæ*, *Inst de act.* At utrum hic possessorem dicemus, cum nulla hic sit res quæ possideatur? Res ergo exposita in hoc argumento sub *tit. C. ubi cau. stat. agi. debe.* In quo est hæc distinctio, ut referat, utrum is qui servus dicitur, in possessione servitutis sit, an in possessione libertatis: et si quidem ex possessione servitutis proclamat in libertatem, ejus qui se dominum dicit, domicilium sequatur. *L.* 4. *C. eod.* sin cum ille ante pro libero se gessisset, ex ea possessione petatur in servitutem, dominus [17] sequatur domicilium id, ubi qui servus dicitur, degit. *L.* 3. *C. eod.* nisi tamen dolo malo in eam possessionem venerit, puta, si a domino [18] aufugerit. *L.* 1. *C. eod.* Unde ergo hæc distinctio? ex jure quidem superiore sine dubio: sed tamen ideo in hac specie adhibita potissimum, ut judicaret, quis in hac caussa esset actor, quis reus, quod alioqui hic incertum erat. Sic enim reperiemus, si quis in possessione servitutis est, et se tamen liberum contendit, eum in hac intentione actorem esse, adversarium servitutis hujus velut possessorem, proinde rerum. Quod si quis contra in possessione libertatis agat sine dolo malo, eum in hac caussa possessorem esse, eoque et reum: qui autem eum in servitutem petit, esse actorem: quod et placuit. *L. liberis*, §. *ult. D. de lib. cau.* quo spectavit superior distinctio. Idem probatum est et in illa caussa, cum quæritur libertus quis sit, an ingenuus adversus eum, qui se patronum dicit. *L. circa*, *D. de prob.*

IX In duplicibus judiciis etiam dubitatio major. Sunt autem hæc; familiæ erciscundæ, communi dividundo; finium regundorum. In his omnium inter quos res agitur, par in agendo caussa est: omnes enim pariter actores et rei: dum simul et simul partem petunt, et pars a singulis petitur. Unde et duplicia dicta, in quibus singuli duplicem personam sustinent, actores et rei. *L. inter*, §. *qui familiæ*, *D. fam. ercisc. L.* 2. *D. commu. divid.* Hinc igitur dubitatio, si forte unus ex duobus alibi domicilium habeat, uter alterius domicilium sequatur. Quod quidem in hoc genere ut in superiore caussa expediri potest. Illic enim ex quasi professione ejus juris aut statu de quo quæritur, animadverti potuit uter rei controversiæ possessor esset, proinde et hoc statui ex re ipsa, uter reus. In his autem judiciis tribus etiam natu

15) ***Et LL. similib. adnotatis*** a Goth. *ad d. L.* 125. Cujus rationes reddit Aristot. *Problem. Sect.* 20. *Quæst.* 13. (1) Quia in potestate actoris est, an experiri velit, non rei. (2) Gravius periculum reo, qui metu damnationis multa omittere potest, ut accidit graviter commotis (3) Quia nocentem liberare quam insontem condemnare præstat. Add. Broidæ *in Supplem. Hist. fori.* Pollet. *Lib.* 5. *C.* 15. *p.* 528. *et seq.* Hinc Athenis una clepsydra actori ad agendum, reo duæ defensionis gratia concedebantur, vid. Joach. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisdict. Judæ Græc. etc. Cap.* 10. *n.* 14. Et apud Romanos lege Pompeja, actori ad caussam dicendam duæ, reo tres horæ datæ, Dio. *Lib.* 40. *pag. m.* 144. Pollet *Lib.* 1. *Hist. fori C.* 11. De reorum favore P. Fab. *ad d. L.* 125. Maynard. *Lib.* 4. *Decis. Tholos.* 80. Alia regula de foro rei, etc. ratio quod cogi non possit reus, in quem judici non est imperium. Actor vero volens, litigat, Vult *ad d. L.* 2. *n.* 4. Adhæc naturæ conveniens, ut quem persequimur in loco, ubi est, quæramus, Vult. *ad L.* 5. *C. de jurisdict. n.* 2.

16) Ita et Cujac. *in Pag. C. Ubi cau. stat.* Qui petitur in servitutem vel libertinitatem, aut adversus quem in libertatem vel ingenuitatem fit proclamatio. Paurmeist. 2. *de Iurisdict.* 8. *n.* 36.

17) Etsi enim servus quorum non habeat, quod est juris civilis, tamen qui in possessione libertatis est, interim dum litigat pro libero habetur *L.* 24. *de lib. cau.* ut Vult. *ad L.* 3. *et* 4. *Ubi cap. stat. n.* 2.

18) Quod enim ibi antequam fugeret, servus fuerit in possesessione servitutis, probant verba *cum tibi serviret.* Edicto namque perpetuo cautum, ut qui dolo in possessione libertatis, simile habeat præjudicium ac si esset in possessione servitutis, *L. eam quæ* 31. C. *de lib. cau.* ne fuga domino noceat *L.* 1. *C. de serv. fug.* Vult. *ad d. L.* 1. *C. Ubi cau. sta. n.* 18. ubi *n.* 22. tradit idem servari in hominibus liberis, jure aliquo mancipatis, ut colonis et censitis, ac quos hodie proprius vocamus.

tura ipsa rei et judicii hoc statui prohibet, cum dicamus in his utrumque re vera actorem esse, utrumque reum. Et tamen neque jus, neque æquitas patitur ne hic quidem aliter jus dici, quam ut actor rei domicilium et judicem sequatur: cum absurdum sit inter eos quorum pro caussa sit, unum potius quam alterum alterius conditionem sequi. Quomodo igitur hic rem expediunt veteres? Hoc modo ut fateantur in his judiciis re vera omnes pariter actores esse et reos: sed id statuant, quo fiat, ut qui solus actor non est, solus tamen pro actore habeatur, atque ita judicium procedat. Sic igitur definiunt in his judiciis magis eum videri actorem, qui ad judicium provocasset. Quod si ambo ad judicium provocent, sorte rem discernendam. *L. in tribus*, 13. *L.* [19] *sed cum* seq. *D. de jud. L.* 2. §. 1. *com. divid.* Recte utrumque. Nam uno ad judicium provocante etsi uterque aget, tamen æquius est eum magis actorem videri, a quo actionis et litis initium natum est; quo ea res illi, non adversario noceant. Sors autem missa facit, ut quisquis erit eventus, res injuria careat, cum sors habeat incertum eventum, possitque tam pro uno cavere, quam adversus eum. Et præterea hic necessaria est, si litem procedere volumus.

X. Non dubito, quin in illa definitione Pauli; *Qui appellat, prior agit*, quæ exstat in *L. qui appellat*, 29. *D. de jud.* aliis verbis ea insit sententia, hæc nimirum: ut si quæratur, quis videatur agere, dum hoc constare volumus, quis ut actor debeat adversarii domicilium sequi, quod fit in duplicibus judiciis: dicendum sit eum agere, id est, actorem videri, qui appellat prior, id est, qui prior interpellat, quique provocat ad judicium cæteros. Agnoscit Accursius, itemque Bartolus ad eam definitionem, verba non repugnare, quominus ita interpretemur. Sed malunt definitionem accipi de eo qui cum ultro egisset ab initio, postea mutua petitione convenitur ab adversario, quod et cæteri sequuntur. Priorem autem illam interpretationem Bartolus ideo repudiat, quod dicat isto sensu definitionem fore superfluam, quia satis de eo constitutum sit in *L. in tribus, cod. tit.* Ego autem non animadverto, non solum quomodo non recte et loco convenienter accipiatur superior definitio, ita, ut dixi: sed etiam quomodo possit aliter accipi. Quod ut constet; sic mecum intellige. Aut enim necessario de eo qui appellat a sententia judicis, intelligenda est; aut de petitore qui mutua petitione convenitur; aut de eo qui prior ad judicium provocat in duplicibus judiciis superioribus. Nihil est quartum, quod verbis conveniat. Atqui de appellante definitio intelligi nullo modo potest. Cum enim appellat quis a sententia iudicis, non duo appellant, unus prior, alter posterior, sed unus tantum: aut si appellant ambo litigantes, appellant simul; et agunt ambo, non unus tantum. Nihilo rectius accipi potest definitio de eo petitore, qui mutua petitione convenitur; quod tamen [20] isti probant. Nam in mutuis istis petitionibus non debuit dici is qui prius agit, appellare prior, sed aperte prior agere; cum et eum priorem agere conveniat inter omnes. Quid autem magis nugatorium, quam dicere in his petitionibus eum qui prior agit, agere? quasi quisquam dubitare possit, an qui agit, non agat: proinde ac si quis dicat, jus est jus, actio est actio; homo est homo. In quibus nihil plane dicitur. Tum autem verum non est, in mutuis petitionibus eum qui prior agit, aut si malumus, qui prior appellat, solum agere, seu solum pro actore esse; quæ tamen superioris definitionis sententia est. Nam in his et qui agit prior, et qui mutuam petitionem regerit, agunt ambo, et pro actoribus ambo habentur. Est enim utriusque distincta et propria petitio. *L.* 1. §. *ult. D. quæ sentent. si appell. res.* Quibus interpretationibus duabus remotis, restat tertia omnino, quam hic sequamur, ut eum qui appellat prior, intelligamus dici eum qui interpellat prior, et ad judicium provocat.

XI. Solum hoc quæretur, an quod necessitas sententiæ et rei hic accipere cogit, tale sit, ut verbis et loco conveniat. Sed et loco dubitari non potest, quin superior sententia plane congruat Titulo *D. de iudiciis.* Ubi de jurisdictione constituenda agi constat: seu de eo, ubi quis agere vel conveniri debeat, quæ illius tituli specialis inscriptio est. Indicat

19) Quam L. citans judex Pantagruelinus omnia forte dirimebat, inquit Duar. *ad tit. D. de judic. Cap. de litigatorib. f.* 158. Quæ forte definiantur, vid. Gothof. *ad L. ult. pr. C. Com. de leg.*

20) Quibus fere convenit Forcat. *Necyom. Dial.* 68. *n.* 5. *et* 6. ita exponens; Qui prior in jus vocavit et litem instituit, prior auditur agendo, si modo lites et actiones æque principales sint, *auth. et consequenter Cod. de sentet. et interloc.* Sic enim appellare est judicio vel extra judicium (in quo consentit noster) *L.* 15. §. 33. *de injur.* Martial. *Lib.* 7.

Appellat rigida tristis me voce Secundus.

cat autem sententia superior hoc ipsum, ubi et apud quem agi debeat in duplicibus judiciis, cum in his demonstratur actor, qui sociorum iudicium sequi debeat, similiter ut in *L. in tribus*, *eod. tit.* Verbum autem appellare pro interpellare apud probatos quosque alios auctores et nostros frequens est. Cicero in Quintiana sæpius quam crebro ita usurpat. *Quis tam tui, Sexte, dissimilis,* inquit, *qui cum res ab eo, qui cum contraxisset, recessisset, et ad heredem pervenisset, non heredem cum primum vidisset, certiorem faceret, appellaret?* Et paulo post, cum idem verbum inculcasset sæpius: *si debuisset, Sexte, petisses statim: si non statim, paulo quidem post: si non paulo, at aliquando: sex quidem illis mensibus profecto. Anno vertente sine controversia: anno, et sex mensibus vero, cum tibi quotidie potestas fuisset hominis admonendi, verbum nullum facis, biennio jam confecto fere appellas.* Eodem sensu illud dictum est a Columella *Libro* I. *Cap.* 7. *Vel optima nomina fieri mala non appellando.* A nostris usurpatur eodem modo ut in *L. fidejussor obligari*, 16. §. *ultim. D. de fidei.* At enim, inquit Bartolus, ista interpretatione sententia superflua futura est, cum eadem posita fuerit in *L. in tribus. eod. titu. de judic.* Sed non superflue sententiæ, quæ diversis verbis ponuntur, licet de eadem re: dum ita ponuntur, ut aliæ ex aliis interpretationem et lucem accipiant, intelligaturque quid in his veteres senserint, quamque in aliis verbis tamen senserint idem. Neque novum est, plures veterum definitiones de eadem re et in eamdem sententiam sub eodem titulo colligi, dum diversis verbis conceptæ consulto ita proponuntur, ut una alterum explicet. Exempla habemus non obscura [21] in *L.* 3. et *LL.* tribus sequentib. item in *L. neque*, et *LL.* 3. sequentib. *D. de legib.* Ubi quæ sententia in primo capite posita erat, eam ipsam in tribus sequentibus repeti reperiemus; sed commutatis verbis ita, ut una aliis lucem adferat: factumque etiam ideo, quia singulorum alii atque alii auctores erant, quorum sententiam in diversis verbis unam esse intelligi nostra intererat.

CAP.

21) Quid quod multoties sententiæ veterum prudentum, sanctionesque Imperatorum in libris Pandectarum et Codice iisdem verbis repetitæ reperiuntur. Nec in diversis tantum titulis, ut ipse observavi, in *L.* 4. *de off. assess.* iunct. *L.* 19. §. *ultim. Locati L.* 9. *de Senat.* iunct. *L.* 34. §. *ult. de rit. nupt. L.* 13. *Quod met. ca.* iunct. *L. pen. ad L. Iul. de vi privat. L.* 8. *Com. divid.* iunct. *L.* 45. *de acq. do. L.* 5. §. 4. *de O. et A.* iunct. *L. ult. de extr. cog. L.* 37. *de indic.* iunct. *L.* 5. *de vi publ. L.* 55. §. 7. *et seqq. de L.* 3. iunct. *L.* 167. *de V. S. L.* 127. vers. *nulla de V. O.* iunct. *L.* 88. *de R. I. L.* 51. *Cod. de Episc. et cler.* iunct. *L. pen. C. de pact.* et pluribus aliis, quas referre tædiosum. Sed et postea comperi plurima geminationum exempla collegisse Ant. Aug. 1. *Emend.* 7. Theod. Straitaman. *Harmon. Tit. utr. iur. p.* 236. *et seqq.* Et per 160. capita geminationes congessisse, Prateium *mediæ Iurispr. Lib.* 1. tradit Lopez. *Animad. Cap.* 36. *et ult.* Verum etiam, quod mireris, in eodem titulo, ex eodem auctore, *ut L.* 6. *pr.* iunct. *L.* 18. *de re iud.* quod et notavit Muret. *Obs. iur. C.* 4. *et L.* 24. §. 4. iunct. *L.* 62. *Sol. matr.* quod et observavit Hot. 1. *Amic.* 7.

CAP. XIII.

Romam commune domicilium Romanis fuisse, ibi ex eo quemlibet, qui ibi inveniretur, conveniri potuisse. Exceptos quosdam, quibus jus revocandi domum datum erat: Hoc beneficium quibus, et quatenus datum.

Roma commune domicilium. Quæ hujus tractationis utilitas. I.
Romæ quicunque, licet exterus conveniri potuit. II.
Nisi jus revocandi domum haberet. III.
Tale jus habebant legati; et qui necessaria de caussa Romam accersiti. Qui isti. IV.
Illi ita, nisi in legatione contraxissent: isti, modo ne id Romæ quandocunque fecissent. V.
Utrique quomodo intelligendi contraxisse. VI.
Item alteri quomodo in legatione. VII.
Quæ a superiori conditione exceptio propria legatorum. VIII.
Item qualis et quotuplex communis utrisque. IX.
Beneficio revocandi domum quibus in caussis, et quo temperamento uterentur utrique. X.

I. NOn solum privatum cuique domicilium est, quod in jurisdictione constituenda actorem sequi oporteat; sed etiam Romanis commune olim domicilium fuit Roma. Eo placebat, si quis exterus eo venisset, ibi eum conveniri potuisse, conventum ibi se defendere debuisse; nisi jus haberet revocandi domum. *L.* 2. §. *omnes*, *L. non alias*, 24. *D. de judic.* De quo jure cum tam multa exstent tradita et in tota pene Lege secunda, et alibi passim sub *titu. de judiciis*, *D.* visum est et hoc loco paucis attingere: etsi non ignoro mutato imperio Romano, et illo domicilio orbis Roma, hoc quoque maxima ex parte [1] exolevisse. Sed conducet tractatio eo, ut si quo in regno, si qua in provincia placeret unam urbem [2] caput regni et provinciæ, ac velut commune domicilium constituere, ubi liceat ibi inventos convenire: sciamus hic esse jus constitutum, quo tum uti possumus. Si nihil aliud: at certe utile erit ejus iuris summam exstare, ad quam ea quæ a veteribus de hac parte scripta sunt, referantur; vel ut intelligantur aliqua obscura; vel ne illa nos in reliquis partibus usitati et solemnis juris impediant, quasi cum certis locis et certis personis communia, non autem et Romæ et personarum ibi conventarum propria.

II. Potuerunt ergo, ut cœpi dicere, omnes qui Romæ essent, quantunvis exteri, olim Romæ conveniri. Jus non aliunde, quam quod Romæ commune domicilium omnium Romanorum haberetur. Hoc enim est, quod dicitur in *L. Roma. D. ad municip.* Romam [3] communem nostram patriam esse. Sententia non semel usurpata a Cicerone, ut in *oratione secunda contra Rullum*, ubi totidem

1) Putant tamen Imol. et Butr. *in C. ult. de foro comp.* hodie in Curia et aula imperiali quemque conveniri posse, si ibi versetur, nisi ex necessaria caussa, ut iure revocandi domum uti possit. Et hoc etiam casu conventum præstare cogi cautionem iudicio sisti de respondendo in foro suo, ref. Matth. Steph. *d. C.* 28. *n.* 21. et Io. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *C.* 6. *principali n.* 16. *et* 2. *seqq. et ad Rub. extre. de foro comp. n.* 15.

2) Quæ provinciæ caput vocari *L.* 7. *p. de of. procons.* Nec a mensura origo vocis, ut in *C. cleros* 21. *dist.* sed *ἀπὸ τῆς μητρὸς* Ant. Aug. *Lib. sing. ad Modestin. p.* 244. Hinc metropoles provinciæ matres *L.* 1. *C. de Metrop.* Beryto *Lib.* 11. urbes matrices *L.* 4. §. *penult. D. de off. procons.* Quod ex iis cæteræ urbes et oppida ceu coloniæ deductæ haberentur, quodque præcipue essent, alias, uti matres filias, curent ac defendant. P. Greg. 2. *de Rep.* 1. *n.* 9. Et quia pro parente et vetere patria agnoscebatur metropolis dicta Major patria, Turneb. *in Orat.* 1. *Rull. fol.* 21. *et in Varr. de Ling. Lat. f.* 277. Sic Lutetiam, Francis communem patriam vocant Rebuff. *Privileg. Schol.* 77. Amanell. *de Claris aquis sing.* 236. Et jure Hispanorum Curia Regis omnibus forum et tribunal, Covar. *Pract. QQ. Cap.* 5. *princ.*

3) *L.* 6. §. 11. *de excus. tut. L. ultim de interd. et releg.* Cujac. *ad d. L.* 6. *de excus.* Duplex, ait, patria: Propria veluti originalis, et Communis Roma.

dem verbis eamdem sententiam posuit, et *lib.* 2. *de legib.* non longe a principio: ubi omnibus municipibus duas esse patrias scribit: unam naturæ quam et loci vocat, in qua nati sumus et domicilium habemus; alteram civitatis et Reipublicæ, Romam nimirum intelligens. Ac ne forte Romam patriam ita dici existimes, ut non ideo intelligi debeat commune domicilium. Cornelius Nepos in *vita Pomponii Attici* aperte Romam [4] domicilium orbis terrarum vocat. Hinc ergo, ut dixi, coveniendi quemque Romæ facultas, tanquam quo in loco domicilium haberet, commune illud quidem attamen domicilium. Solum hoc inter privatum domicilium, et istud commune interfuit, quod ubi quis privatum domicilium habet, ibi se defendere debere simpliciter dicitur: quo significatur ibi se defendere debere et præsentem, et absentem; ac nisi defendatur possessionem bonorum et distractionem pati. *L. item*, §. *hæc autem*, *D. ex quib. caus. majo.* Romæ autem ubi domicilium commune fuit, solum dicitur potuisse quis conveniri, et conventus se ibi defendere debuisse. *L.* 2. §. *omnes*, §. *item si extra*, *D. de jud.* Hoc autem valet, ibi quemque conveniri potuisse, si ibi inveniretur; absentem autem municipem, et qui Romæ privatum domicilium non haberet, non potuisse ex sua civitate Romam evocari. Hæc enim vis est verbi conveniendi. Unde et cum diceretur heres conveniendus, addita est nominatim ab Ulpiano hæc conditio, si ibi inveniretur, in *L. heres*, in pr. *D. eod.* ac de ejus verbi significatione diximus paulo ante in iis, qui ex persona alterius conveniuntur.

III. Sed ab hac necessitate Romæ se defendendi ubi conventus esses, quidam eximebantur, quibus jus datum est [5] revocandi rem domum, id est, in eum locum, ubi conventi domus sive privatum domicilium esset.

IV. Eorum duo fuerunt genera: Legati, id est, qui legatione pro civitate sua aut municipio apud Principem aut Senatum Romæ fungebantur. Tum generaliter omnes, si qui necessaria aliqua alia de caussa Romam venissent: quo in numero fuerunt, qui testimonii caussa evocati erant; qui judicandi caussa accersiti; qui a Principe evocati tutelæ reddendæ gratia; item qui provocarant et provocationis exercendæ caussa Romæ esse [6] cogebantur. Notata hæc genera in *L.* 2. §. *legatos*, *D. de jud.*

V. Sed utrique huic generi revocandi domum potestas data sub conditione: legatis quidem, si non in legatione contraxissent: posterioribus autem, si non contraxissent ibi, ubi conveniebantur, id est, Romæ: ut intelligamus legatos hoc privilegio uti non potuisse, si non ante legationem, sed in legatione contraxissent; cæteros, si contraxissent [7] Romæ: et ex ea caussa legati, et cæteri Romæ convenirentur. Iudicantur dissimiles hæ conditiones in utroque genere in *L.* 2. §. *omnes*, *L. si quis in legatione*, 8. *D. de jud.*

VI. Contraxisse isti intellecti sunt a veteribus, sive proprie contraxissent; sive quasi contraxissent, ut tutela et negotiis gestis; sive quid deliquissent, de quo sequenti capite amplius dicetur. *L. omnem*, *L. non alias*, §. 1. *D. de jud.* Et ad hoc postremum recte Baro in *Manualibus* retulit responsum *L. si uxor* 42. *D.* eod. *Si uxor*, inquit Papinianus, *a legato Romæ diverterit*, *dotis nomine defendendum Romæ virum*, *responsum est.* Quia, inquit Baro, maritus deliquerit, et recte. Etsi enim de eo nihil exprimitur in responso: tamen ex genere actionis sa-

4) Ac ut Athenæ. 1. *Dipnosoph.* 15. τῆς οἰκουμένης ἐπιτομή universi terrarum orbis, seu totius habitatæ terræ compendium, quod omnes ibi nationes habitarent, ac in ea omnes civitates commorantes facile intueri liceret, Forner. 1. *Select.* 13. Hieron. Mag. 4. *Misc. et Var. Lect.* qui hac de caussa communem patriam appellatam sentit, potius quam quod omnes in orbe Romano cives effecti *L.* 17. *de sta. hom.* (ut post Alc. *Disput.* 21. Ant. Aug. *Lib. sing. ad Modestin. pag.* 253. Bodin. 1. *de Rep.* 6. *n.* 55. qui, Alexandri Magni exemplum in hoc imitatum Antoninum, scribit. Nam et is orbem terrarum civitatem communem, castra sua illius civitatis arcem nominabat. Plutar. *in Alex.* (Quia appellatio illa constitutione Antonini antiquior. Vocatur et patria juris, Cic. *pro Corn. Balbo.* urbis sacra *L.* 2. *Cod. de naut. fœn.* æterna Tibull. 2. *Eleg.* 5. Ovid. 3. *Fast. L.* 1. *Codic. de furt. et suscept. Lib.* 11. *etc.* Coras. *ad L.* 1. *de O. I. n.* 2. Ubi quosvis imperio subjectos conveniendi potestas propter originem et plenitudinem jurisdictionis, Joach. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. Cap.* 1. *n.* 15.

5) DD. vero jus revocandi domum generalius usurpant. Quoties enim quis alibi quam in domicilio conventus, forum declinare potest, dicunt habere jus revocandi. Ut si in domicilo originis conveniatur, posse revocare ad domicilium habitationis, vid. Zang. *P.* 2. *de except. C.* 1. *n.* 29. *et seqq.* Sic et quando ex lege vel privilegio extra domicilium quis conveniri nequit, dicunt jus revocandi habere. Sicuti quibusdam civitatibus imperialibus hoc datum ut cives non possint extrahi extra urbem, Jo. Monac. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de Jure revoc. domum in præfat.* Qui et d. *Tit. C.* 1. et in *C. ult. de Foro comp. n.* 10. hoc convenire jus revocandi cum exceptione declinatoria fori, quia ab initio æque opponendum ante litem contestatam: differre, quia non prorsus negatur jurisdictio, sed caussa petitur remitti.

6) Item si ex caussa quasi necessaria seu probabili, religionis puta vel studiorum, post *Gl. comm.* receptam *in d.* §. Covar. *pract. QQ. L.* 5. *n.* 1. Quod et ad parentes filios studiosos visitantes, itemque nuncios pecunias iisdem deferentes extendit Rebuff. *Privileg. Schol.* 77. Olim tamen ita si in provincia, quo revocabant, domicilum haberent. Nam si tantum inde oriundi, coram Prætore peregrino conventi sistere se compellebantur. Quo spectat *L.* 109. *de V. S.* si recte Ioach. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisd. C.* 6. *n.* 23. *et seq.*

7) Legatus autem domum revocat, non tantum si Romæ, sed etsi alio loco ex contractu ante legationem inito conveniatur. Aliis autem in hac specie ius revocandi non est, vid. Monach. *d. Tit. de iure revoc. domum C.* 2. *n.* 2. Cov. *d. Cap.* 5. *n.* 2. A. Gent. 2. *de legat.* 16. Suer. *Rep. Lect. Cap.* 17. Confer. Fr. le Vaier. *Lib. d. Legation. Cap.* 5. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 7. *Cap.* 10. ubi quod de legatis dispositum est iure, ad Commissarios protrahit.

satis intelligitur. Repetebat mulier dotem divortio facto. Si jure, ut certe jure petere debuit, si non frustra agere vellet; maritum [8] deliquisse, et uxori suæ caussam præbuisse divortio oportuit. Quoniam si culpa uxoris factum esset, mulier dotem amitteret. *L. consensu*, *C. de repud.* Romæ contraxisse quid sit, omnes intelligunt.

VII. Quid sit contraxisse in legatione, quæritur. Sic definiemus, legatos videri in legatione contraxisse, cum legationis caussa profecti provinciam suam excessissent. Ideo si quid quanvis jam designati legati contraxissent in civitate sua, aut intra provinciam, placebat reos nihilominus privilegio suo Romæ uti posse; quasi re videlicet in legatione non contracta. Contra si extra provinciam suam contraxissent, Romæ potuisse conveniri, quasi et hic re contracta in legatione: quo fiebat, ut dum ita extra provinciam suam contraxissent, nihil referret ad privilegium amittendum, utrum contraxissent Romæ, an in Italia, an in provincia, dummodo non sua. Intelligitur hæc ex *L.* 2. §. *item si extra*, *D. de jud.* Ea res dubitationem illam attulit, si forte legati profecti in insula aliqua contraxissent, ecquid viderentur in Italia contraxisse, an in provincia sua. Et res decisa definitione *L. insulæ D.* de judic. *Insulæ Italiæ*, inquit Ulpianus, *pars Italiæ* sunt: et cujusque provinciæ insulæ, pars ejus provinciæ. Quorsum hoc? ut sciamus, quo jure haberetur quid contractum a legato in Italia, aut in provincia; eodem jure habendum olim fuisse, si quid legatus in insula aliqua Italiæ, aut provinciæ alicujus contraxisset.

VIII. Ergo in summa supra scriptæ personæ jus revocandi domum admittebant Romæ conventi, si quid aut cæteri Romæ, aut legati in legatione contraxissent. Si quid horum non fecissent, beneficium retinebant. Utrumque suas exceptiones habuit. Nam primum legati ipsi etsi in ipsa urbe Roma contraxissent, tamen placebat eos quibusdam in caussis privilegio illo suo uti posse, quod illis tribus in caussis concessum est. Una species est, si Romæ hereditatem adiissent. Aditione cum legatariis et creditoribus hereditariis quasi contrahi constat, §. *heres*, *Instit. de oblig. quæ ex quasi contract. nasc.* *L.* 3. in fin. *D. quibus ex caussis in possess. eat.* Nihilominus placebat si legatus Romæ hereditatem adisset, non competere in eum Romæ actionem hereditariis creditoribus, ac ne legatariis quidem legatum, non satisdationem tantum petentibus: et hoc, non quod non hoc facto legatus contraxisset Romæ, sed nominatim hac addita ratione, ne impediretur legatio. *L. de eo*, 26. *D. de judic.* Quod sane merito metuendum fuit in hereditate, siquidem ex hac caussa possit legatus conveniri: cum hereditas res sit ut plurimum variis negotiis implicita, et obnoxia multis, cum legatariis tum creditoribus. Indicat autem superior ratio, cæteris personis, quas in altero genere posuimus, si Romæ adissent hereditatem, non idem tributum fuisse. Nam in quibus publicum munus nullum erat, non erat metuendum, ne si ex ea caussa convenirentur, prohiberentur publico munere fungi. Qua caussa cessante, ne in legatis quidem beneficio locus fuit. *L. quid enim*, 27. *D. de jud.*

IX. Altera species est, si legati Romæ cum aliquo agerent. Cum alio agendo omnes hanc obligationem suscipiunt, ut si mutuo conveniuntur, cogantur eodem in loco et apud eundem judicem excipere actiones. *L. qui non cogitur*, *D. de jud.* Quod et ipsum valebat adversus legatos qui Romæ agere cœpissent. Sed hoc ita, nisi injuriam suam persequerentur, vel furtum, vel damnum, quod tunc passi essent. *Alioqui* inquiebat Julianus, *aut impune contumeliis et damnis afficientur, aut erit in potestate cujusque pulsando eos subjicere ipsos jurisdictioni*, dum jus suum persequi volent. Hoc in *L.* 2. §. *item si extra*, *D. de jud.* Quæ ratio cum ad cæteros pertineat, quos Romæ nisi ibi contraxissent, conveniri non posse diximus: intelligendum est etiam ad eos hoc idem jus pertinuisse. Tertia species est, si legatus constituisset in legatione, quod ante legationem debuit. Etsi constituendo contrahitur obligatio de pecunia constituta, §. *de constituta. inst. de act.* tamen visum est eum, qui id fecisset, non esset cogendum ibi judicium pati, ubi constituisset. *L. si quis in legatione*, 8. *D. de jud.* Hoc ideo, quod qui constituit; hoc agere intelligitur, ut in constituti obligatione eodem jure sit, quo foret in ipsa obligatione prima, quam constituit. Unde dictum est in constituto caussam et originem pecuniæ constitutæ, non ipsam constituti obligationem prævalere. *L. qui id quod*, 33. in princ. *D. de donat.* Idem ergo dicemus,

8) Ita post Sastr. Monach. *in C. ult. de foro comp. n.* 7. Non ur hoc spaciale ob favorem dotis, ut idem Monach. *Pract. Iudic. P.* 2. *Tit. de Iure revoc. domum Cap.* 3. *n.* 18. Duar. *de Iudic. Cap. de Foro compet. f.* 159.

mus, etsi cæteræ personæ superiores Romæ constituisset; quod ante debuissent in provincia.

X. Ex contrario supra scriptæ personæ omnes in ea caussa fuerunt, ut quanvis neque legati in legatione, neque cæteri Romæ contraxissent; tamen aut beneficio illo suo non uterentur interdum, aut si quando; certe non uterentur nisi cum temperamento. Placebat eos omnino non uti in uno genere, quoties scilicet ea res ab illis Romæ petebatur, quam statim et sine damno præstare poterant, et debebant: quales sunt stipulationes prætoriæ. Ut si legatus Romæ universas ædes possideret, et peteretur ab eo damni infecti cautio eo nomine: aut si ibi hereditatem adiisset, et peteretur cautio legatorum nomine: quorum utrumque præstari potest sine ullo damno, et sine ullo impedimento legationis. Nam nisi hæc præstentur, fit tantum missio in possessionem bonorum. Hæc possessio legatis nihil nocet, nec quidquam obstat legationi: hoc in *d. L. de eo. et L. sequen. D. de jud.* in cæteris caussis etsi jus erat revocandi domum, id tamen jus temperabatur ad aliquem modum; eratque id temperamentum duplex: vel ut prius Romæ litem contestari cogeretur, qui revocabant domum, vel ut saltem prius cavaret judicio sistendi caussa: quorum prius certis in caussis exigebatur; posterius in omnibus. Et litem prius contestari cogebatur, vel legatus, vel cæteri, quæ deinde contestata in provinciam transfertur, non passim, sed in actionibus temporalibus; idque tum cum periculum erat, ne delegatione beneficii a legato interposita actionis temporalis dies exiret. Recte placebat sic beneficium revocandi domum superioribus tribuendum esse, neque damno ex ea re creditor afficeretur. Principium enim et juris beneficium est; cujus generis beneficia in cujusquam iniuriam tribui non solent. *L. nec avus, C. de em. Lib. L.* 2. §. *si quis a principe, D. de quid. in loc. publ.* Sic interpretandum est, quod Ulpianus scribit in *L.* 2. §. *penult. D. de jud.* in hæc verba: *In omnibus caussis, in quibus protelatur admonitio, hoc procedere sine damno temporali creditorum oportet.* Admonitio est interpellatio creditoris, qua debitorem admonet, et appellat, ut solvat: qualis est conventio creditorum, qui legatos et similes Romæ conveniebant: sic usurpatur hoc verbum ab eodem Ulpiano in *L. si decem cum petiero, D. de verb. obl.* Protelare est differre. *L.* 4. in prin. *D. de dam. infect.* §. *ult.* in fin. *Inst. de exc.* Differebatur admonitio et interpellatio superior, cum legati et similes Romæ conventi domum ex privilegio revocabant. Sic enim differebatur actio in id tempus, cum illi domum rediissent. Temporale damnum, quod ex hac dilatione metuitur, exsistere solet in temporalibus actionibus, cum periculum est, ne si cum legatio in tempore non agatur Romæ, prætereat dies actionis, atque ita actio creditori amittatur. Hoc periculum cum mutuebatur, monet Ulpianus non fuisse concedendum superioribus personis revocare domum, nisi hoc omni damno creditori prius amoto. Quomodo ergo id consequebantur veteres, ut superiores personæ uterentur privilegio suo, et nihilominus hoc procederet sine isto temporali damno creditorum? Non sane ut Accursius interpretatur, ut creditore non agente duraret actio, quæ jure non potuit non amitti, cum ejus dies exiisset: sed ut agente creditore adversus legatum, prætor re cognita fore, ut nisi occurritur, dies actionis exitura esset, cogeret legatum judicium accipere, et litem contestari: quo facto quiesceret, et lis contestata in provinciam, domum legati transferretur: hoc sic explicat Paulus in *L. sed etsi restituatur*, 28. *D. de jud.* Idoneum plane remedium in rem utriusque actoris et rei. Sic enim legato quoad licet, servabatur privilegium suum, dum caussæ actio transferebatur in alium locum, atque aliud tempus: et simul consulebatur creditori litis contestatione, qua fiebat, ut actio judicio inclusa deinceps perpetuaretur. *L. ult.* in fin. *D. de fid. tut.* In cæteris caussis omnibus superiores personæ Romæ conventæ non aliter revocationem domum obtinebant, quam si prius cavissent se judicio stituras in provincia, prætore caussa cognita diem statuerit, in quam sisterent. In quo ab his cautio nuda, non etiam satisdatio exigebatur. Hoc in *L.* 2. §. *sed si dubitetur, D. de jud.* Id autem ita fiebat. Nam legati ipsi Romæ conventi ad prætorem venire debebant, ibi privilegia sua allegaturi. *L. si quis ex aliena*, 5. *D. de jud.* Hic legati se legatos esse dicebant ac pro personæ suæ privilegio domum revocabant. Concedebat prætor: sed hac lege ut prius caverent se judicio in provincia [9] stituros in eam diem, intra quam legatione perfecta domum redire possent, de quo ipse prætor caussa cognita statuebat.

9) Nuda tamen promissione *d.* §. 6. Ubi verborum: *alioquin compellitur etc.* hic sensus: Qui peregrinatur non facile reperiet fidejussorem. Et ille levius erit judicium accipere quam invenire qui satisdent. Quare non est cogendus ut quærat fidejussores. Et ita subintelligitur ibi *magis* vel *potius* ut alibi sæpe, vid. A. Aug. 4. *Emend.* 8. Duar. *d. loc. f.* 158.

CAP. XIV.

Ubi quisque contraxit, ibi quoque subjici eum jurisdictioni: ibi se quemque defendere debere.

Ubi quis contraxit, ibi se defendere debere. I.
In jurisdictione certo loco subeunda præcipue spectari quatuor oportere. II.
1. Contractum. *Quid hic contractus nomine veniat. Interpretatio* L. omnem 20. D. de judic. III.
Illustratur occupatione contrariorum, et præterea constabilitur inducatione. IV. V.
2. Locum contractus. *Quemque ibi contraxisse videri, ibique agere posse, ubi facienda solutio.* VI.
Hoc juris et in specie solvenda obtinere. VII.
Quid tali jure consequens. VIII.
3. Necessitatem sui defendendi. *Qualis hæc.* IX. XII.
Quid si reus ubi defendi debet: ibidem bona non habeat, quæ actor possidere jubeatur. XIII.
Joannis et Azonis opinio proponitur, et revincitur. X. XI.
Excipitur a superiore definitione reus qui contra expresse *convenit.* XIV.
Item qui tacite. *tacita conventio hæc aut ex conditione personæ, aut ex genere obligationis.* XV.
Ex priore *Mercator advena. Hic quibus conditionibus.* XVI.
Item maritus, qui alibi domicilium habet quam ubi dotem recepit. XVII.
Ex posteriore *constitutum et quomodo.* XVIII.
Conciliatio L. si quis in legatione 8. D. de judic. *cum* L. eum qui §. 1. D. de constat. pec. XIX.
Conclusio et aditus ad seqq. capita. XX.

I. PRoxima domicilio subeundæ jurisdictionis caussa est obligatio ibi contracta, ubi agitur. De quo ita jus est, ubi quis contraxit, ibi se si cum eo agatur unumquemque defendere debere. Jus his verbis traditum in *L.* 1. 2. 3. *D. de reb. auct. jud. poss. L. heres*, §. 1. §. *proinde*, *D. de jud.* quo significatur ibi cujusque judicis jurisdictionem esse, apud quem eo nomine agitur: proinde et hunc competentem esse judicem, qualem nunc ostendere instituimus. Sed hic statim ab initio subsistitur. Quid enim habet obligatio alicubi contracta, quod eum qui ibi contraxit, subjiciat ejus loci jurisdictioni, hominem aliqui non subjectum ei territorio, quemque recte dixerimus esse ex aliena jurisdictione? Et duæ res sunt in hac obligatione, quæ contrahentem merito subjiciant ejus loci jurisdictioni; conventio, et lex seu natura obligationis cujusque. Conventio in rebus creditis inter contrahentes non est incerta, qua id agitur, ut quod alicubi contractum est, eodem loco solvatur. Unde et eo loco præstari debere placet etiam ab eo, qui alibi prius conventus et condemnatus esset. *L. argentarium*, §. 1. *D. de jud.* In qua si dubitetur de superiore conventione, licet conjecturam capere ex jure et natura obligationis. Bene enim præcipitur in *L.* 6. *D. de sol.* ex jure sumi id quod agi videtur. Est autem natura hoc et lex obligationis, ut quomodo quidque contractum est, eodem modo et dissolvatur. *L. nihil tam naturale*, *D. de reg. jur.* Cujus regulæ vis est ea, ut qui locus est contrahendæ obligationis, idem esse debeat et dissolvendæ. Quod si id agitur, ut ibi pecunia solvatur, etiam id agi intelligendum est, ut ibi liceat petere et exigere ab invito, sine quo alioqui nulla futura sit solutio. Et quoniam horum utrumque agi intelligitur, sequitur, ut in eo conventio servanda sit, ut pote interposita in continenti, in negotio gerendo, non postea. *L. jurisgentium*, §. *quinimmo*, *D. de pact. L. legem*, *C. eod.* Quod et factum est constituta eo loco actione adversus eum qui ibi contraxit. Ejusque rei caussam sitam esse in conventione vel hinc apparet, quod si quid contractum sit alicubi simpliciter, placet ibi agi posse; sin ita contractum sit, ut alio loco solveretur pecunia, placet jus conventione mutari, et jam loco constituto agi posse quasi re ibi contracta, ut postea dicetur. Sed hæc ratio ad contractus qui proprie ita dicuntur, solum partinet. Quid ergo dicemus in quasi

si contractibus, et maleficiis, in quibus etiam jus superius valere volumus? Nempe in his conventione superiore detracta, manet lex et conditio obligationis, quam unusquisque se obligando in se suscipit: quam eamdem et jus confirmat, ut ubi quæque obligatio contracta est, ibi et solvi debeat, ut per omnia eodem dissolvatur, modo quo colligata erat secundum regulam juris. *d. L. nihil tam naturale. D. de regul. jur.* Quod si usquam, maxime in negotiorum alienorum administratione, et in maleficiis servari æquum est: non solum quia obligationis æquitas id postulat; sed etiam quia in iis locis, in quibus negotia gesta, aut maleficia admissa sunt, et instructio sufficiens, et nota testimonia, et verissima possunt documenta præstari, ut est in ratiociniis pubblicis ratio reddita in *L. ult.* in fin. *C. ubi de rat. tam pub. quam priv. ag. oport.*

II. Jus ergo ita est, ut diximus, et ratio addita ostendit, quam sit recte constitutum. Quid contineat, videamus. Et de sententia ejus licet in summa observare, statui hoc jure necessitatem jurisdictionis certo loco subeundæ, et statui sine exceptione; necessitatis autem hujus caussas duas, si contractum sit, et contractum eo loco. Ita si quis hoc jus totum plane et sine errore nosse velit, quatuor sunt, quæ hic spectanda et cognoscenda sint: atque hoc ordine: Primum contractus verbo quid hic intelligamus. Secundum, quis sit iste contractus locus, in quo volumus reum defendi. Tertium quid valeat illud reum ibi defendi debere, et quæ sit ista necessitas. Quartum sitne hoc jus perpetuum, et in eo si quæ sunt exceptiones, quænam sint.

III. Primum jus constituitur adversus eum reum qui contraxit. Si quidem contractus verbum proprie et usitato loquendi more hic acciperetur, nihil erat quod de verbo amplius moneremus. Nota est enim significatio, qua demonstratur hoc verbo quod fit geritur inter aliquos mutuo consensu, unde obligatio oritur: distinguiturque a quasi contractibus, maleficiis, quasi maleficiis. *L. 1. D. si certum petat*, §. 1. *Instit. de obligat.* Hic autem longe aliter, quæ res ideo et hic animadversionem desiderabat. Placet enim in hac necessitate subeundæ jurisdictionis [1] contrahendi verbo omne factum intelligi debere unde obligatio oritur. Huc enim referri debet illa definitio Pauli, quæ extat in *L. omnem*, 20. *D.* de judic. *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est: ut ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti caussa debeatur.* Ait omnem obligationem; sic accipe omne factum ex quo obligatio nascitur. Nam obligatio quatenus vinculum juris significat, neque contractus est, neque pro contractu et facto habetur. Contractus enim caussa est, ex qua obligatio, id est iuris vinculum: obligatio ejus caussæ effectus. Natura autem nunquam caussa esse potest effectus, neque effectus caussa. Contractus factum est, seu res facti. *L. consilio*, §. *ultim. D. de curat. furios.* obligatio hinc nata, juris vinculum, atque adeo jus, res scilicet in jure consistens. *Inst. de reb. corp. et inc.* Ideo, ut dixi, obligationem hic accipi oportet factum obligans, seu factum ex quo obligatio nascitur, ut et in *L. Labeo liber, D. de verbor. significat.* cum dicitur contractus esse ultro citroque obligatio, pro eo quod est, factum id, quo ultro citroque obligamur. Jam enim ostendi contractum qui facti est, obligationem, id est, jus seu juris vinculum esse aut dici non posse. Ait omne hoc factum pro contractu habendum. Non dicit contractum esse; sed pro contractu habendum. Et recte, re vera enim quasi contractus, maleficia; quasi maleficia contractus non sunt; cum in istis nihil geratur duorum consensu, sed aut inter ignorantes, aut inter invitos; nullus autem contractus sit sine consensu, et conventione. *L. 1. §. 1. D. de pact.* Sed possunt ista effectu haberi pro contractu, dum quod de contractu juris est, placet etiam ad reliqua facta obligatoria pertinere: quod in hac specie fieri Paulus ait. Non sunt ergo contractus, ne quis hic nobis objiciat eos locos, in quibus contractus dicitur pertinere tantum ad res creditas et conventione constantes, ut *L. 1. D. si cer. pet.* *L. 1. §. 1. D. de pact. L. non solum D. de oblig. et act.* aut divisionem notam obligationum, qua contractus a superioribus illis generibus secernuntur, §. *ult. Inst. de obl.* sed cum cœtera contractus non sint, pro contractibus habenda sunt tamen.

IV. Sed ne hoc quidem verum est ista pro contractu haberi, dixerit aliquis. Nam in ea parte edicti perpetui, quæ fuit de rebus credi-

1) Cujac. 3. *ad Afric. in L.* 3. *de Leg.* 1. generali significatione contractus negociorum gestionem quoque venire et delictum, ac Duar. *de Judic. Cap. de Foro comp. f.* 168. Vult. *in Leg. Cod. Ub de crim. ag. n.* 5. Zang. *de Except.* P. 2. *Cap.* 1. *n.* 43. Bocerus *ad C.* 23. *de B. I. Cap.* 1. *n.* 2.

ditis, id est, contractis, contractus non de aliis acceptus est, quam de iis quæ consensu geruntur, *d. L.* 1. *si cert. petat.* et divisio obligationum quam dixi, aperte hæc genera ita distinguit, ut nullum pro altero habeatur. Quod et verum est, neque id nunc negamus. Non enim dicimus omnia facta ex quibus sine consensu obligatio oritur, ubique pro contractu haberi, sed pro contractu habenda in hac parte juris, cum de aliquo ibi conveniendo agitur, ubi contraxit, quæriturque quem hic contraxisse intelligamus. At enim Paulus generaliter loquitur, nec quidquam addidit, ubi vellet omnem obligationem pro contractu haberi. Ita est: sed definitio scripta est convenienter ei loco, quem tractabat, ideo ad institutum Pauli et ad propositam partem accommodanda. Is autem superius illud scripsit interpretans edictum prætoris de iis qui non defenduntur ibi, ubi defendi debent. Inscriptio loci indicat: scripta est enim definitio *libro quinquagesimo octavo ad edictum,* eo libro scripsit ipse ad id edictum, de quo dixi, ut ostendit *L.* 6. *de reb. auct. jud. poss.* Fuit ergo id edictum, in quo quæri oporteret, ubi se quisque defendere deberet, quod et quæsitum est. Respondent veteres id quod accommodate ad id edictum refertur in *L.* 1. 2. 3. *D. de reb. auct. jud. poss.* ibi quemque se defendere debere, vel ubi domicilium habet, vel ubi contraxit. Inde rursum ex re ipsa incidebat illa quæstio, quem hic contrahentem, seu quem hic contractum accipere debeamus. Hic subjecta est videlicet illa definitio a Paulo id argumentum tractante, omnem obligationem pro contractu habendam, nempe in hac parte de qua illi sermo erat: ut semper omnes responsum putatur ad quæstionem et interrogatum referri, §. *præterea Inst. de inut. stip.* ut jam si quis alias partes ubi idem non fit, objiciat, sciri possit nihil ei definitioni obesse. Sed cur in hac parte potius placet quasi contractus et maleficia pro contractu haberi, quam in aliis partibus? Sumptum non ex proprietate verbi, ut satis ostendimus, sed ex juris de hac re proditi sententia, quia scilicet quæ ratio alicubi subjiceret jurisdictioni eum, qui se ex contractu ibi obligasset, ea contineret etiam cæteros, qui se alio quovis facto ibidem obligassent. Est enim in omnibus eadem vis et lex obligationis, quæ facit, ut ubi ab iis obligatio admissa est, ibi et dissolvi debeat. Sic autem lex omnis accipitur, ut in quibus caussis eadem ratio est, ad eas etiam existimetur mens et sententia legis pertinere, eoque et in his jus idem statui debere. *L. illud. D. ad leg. Aquil.* Vera ergo definitio Pauli superior.

V. Sed talem esse, caussis obligationum propositis certius intelligetur, si in singulis jus superius nominatim admissum videbimus, quod ita factum esse paucis indicemus. Factorum genera, unde obligatio oritur, sunt illa, quæ ante commemoravi quatuor, contractus, quasi contractus maleficium, quasi maleficium. Contractus est, si quis, exempli gratia, emat, aut vendat. Hunc quidem constat ibi se defendere debere ubi emit, vendidit, quia sine controversia vere contraxit: traditum in *L. heres*, §. *proinde D. de jud.* Sed cognoscamus idem et in generibus cæteris, de quibus potuit esse dubitatio. Quasi contractus est, si quis tutelam aut curam gessit, si quis negotia aliena administravit. §. 1. §. *tutores, Inst. de obl. quæ ex quasi con. nas.* Traditum et [2] hoc de genere, ubi quisque hæc gessit, ibi et rationem administrationis reddere, et eo nomine si cum eo actum fuerit, ibi se defendere debere. *L. heres*, §. 1. *L. interdum*, §. *ult. D. de jud. L.* 1. *L.* 2. *C. ubi de rat. tam pub. quam priv. ag. opor.* Nec minus et hoc admissum in herede, qui hereditatem adeundo quasi contrahere intelligitur cum legatariis, et hereditariis creditoribus. Sed quoniam prima facie non ita videtur, sed potius quædam in hac specie esse exceptio, certe ea species est, cujus videantur pleraque esse propria, visum est melius de ea separatim dicere, et rejicere in proximum caput. Maleficia nota sunt, damnum, furtum, rapina, injuria. Hæc qui uspiam admissit, aut si quæ sunt his similia, non minus et de eo traditum est, ibi se eum defendere, et judicium pati debere ubi admisit. *L. non alias*, §. 1. *L. si uxor*, *D. de jud. L.* 1. *L.* 2. *C. ubi de crim. agi opor.* Sed sunt quædam hujus generis propria in hac conventione. Quamobrem et de eo separatim dicemus. Quæ si in singulis generibus obligationum vel factorum unde obligatio oritur, recte et constanter dicuntur, vera est definitio universi generis, quam supra posuimus, quomo-

2) Item de solutione indebiti, per *L.* 27. *de cond. ind.* ubi vid. *not.* Gothof. Item de distractu, cujus eadem natura *L.* 58. *de pact.* Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 5. *n.* 8. Matth. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisdict.* 29. *n.* 4. Jo. Monach. *Pract. jud. P.* 2. *C.* 6. *principali n.* 28. Nec refert an agatur ad implementum et servationem contractus, an ad rescissionem ac dissolutionem, per *L.* 14. §. 4. ibi *vel si abesse C. de non num. pec.* Covar. 1. *Var. Resol.* 4. *a.* 1. Coler. *de Process. P.* 2. C. 1. *n.* 18. diss. Bald. *ad L.* 65. *h. t. n.* 2.

modocumque quis obligetur ibi et contrahi videri, ideo et se ibi defendere debere ex superiore jure, ibi jurisdictioni subjici, ibi qui præest, competentem ejus caussæ judicem esse.

VI. Observandum secundo loco in superiore jure agendi locus. Is est, in quo et contractum est: ut sit hic idem agendi locus, qui et contrahendi. Et hic locus suam animadversionem habet, sicut et verbum contrahendi superius. Nam si contrahere est facere aliquid, unde obligatio oritur, consentaneum videbatur locum in quo contractum est, intelligi eum in quo id ipsum factum gestumve est, unde obligatio nascitur. Sed hoc non placuit: omninoque hic veteres locum contractus non ex initio rei gestæ, sed ex [3] solutione in quam obligatio collata est, æstimant; nec immerito: utpote ab effectu contractus. Itaque contractum in eo loco definiunt, in quo solvenda est pecunia; seu in quo quisque ut solveret, se obligavit. *L.* 3. *D. de reb. auct. jud. poss. L. contraxisse*, *D. de oblig. et act.* ut sit sententia; si quidem cautum non sit, ubi pecunia solveretur, eum locum contractus intelligi debere, in quo [4] res gesta est. Sin quid ita creditum, contractumve sit, ut solveretur certo loco, hunc ipsum accipiendum: eo, inquam, loco contractum videri. Prius positum diserte in *L. heres*, §. *proinde*, *D. de jud.* significaturque idem in *L. argentarium*, §. 1. *eod.* Posterius declaratur exemplo in *d. L. heres*, §. *ult.* Sed nulla parte certius, quam ea, quæ est de eo quod certo loco dari promissum est. In qua jus certum est, quod ita promissum sit, non solum eo loco solvi debere, nec alibi posse invito creditore: *L. pen. D. de eo quod cert. loc.* sed etiam ita ibi peti posse, ut nec summo jure possit alibi. Idque ita initio jus fuit, ut declaratur in *L.* 1. *D. eod. tit.* Cœpit quidem postea etiam alibi peti posse inducta utilitatis caussa in eam rem arbitraria actione, ut *ibidem* adjicitur. Unde et illud dubitari cœptum, an possit agi ea actione alio quovis loco: de quo non est hujus loci ut dicatur: dicam postea, cum illud quæram, an iis tantum locis, quæ a me proposita sunt ad jurisdictionem judicantis, possit quis conveniri. Sed tamen hoc semper mansit, eo loco utique peti posse, ubi dari debuit, tanquam re ibi contracta. *d. L.* 1. *L.* 4. in pr. *de eo quod cer. loc.*

VII. Videndum tamen, ne falsa sit definitio superior in specie debita: propone speciem legatam. Constanter traditur hanc ibi præstari, idest, solvi debere, ubi est. *L. quod legatur*, *D. de jud. L. cum res*, in pr. *D. de leg.* 1. Conveniebat igitur superiori definitioni, ut et ibi species peti possit, quasi obligatione ab herede ibi contracta. At hoc non ita est, sed quasi re alibi contracta, petitur fideicommissum ibi ubi est major pars hereditatis. *L. si fideicommissum*, in pr. *D. de jud.* Denique alibi petitur, et alibi dicitur dari debere. *d. L. quod legatur.* Non ergo verum est, ubicunque res et pecunia debita solvenda est, ibi et contractum videri, ut et ibi agi possit, et reus ibi judicium pati cogatur. Sed et in specie debita legatave valet non minus definitio superior. Res legata ubi est, ibi et solvi debet. Ita est: sed et ibi recte eam peti posse placet ita, ut non debeat præscribi ei, qui petit, quasi major pars hereditatis alibi sit. Hoc in *L. sed etsi suscipit*, §. *ult.* vers. *si ea res*, *D. de jud.* At enim peti potest res legata etiam ubi est major pars hereditatis. Non sunt hæc contraria. Peti enim potest duobus locis; quia et videtur res totidem locis contracta: quasi testator voluerit rem præstari alterutro ex his locis pro commodo heredis. Qua de caussa convenietur recte heres, ubi est major pars hereditatis, quia et potest commodum esse heredi, ibi potius solvere, ubi majores facultates habet ad præstandum: verumtamen convenietur hac lege, ut si existimabit sibi potius expedire rem præstare ubi est, potestas illi facienda sit ex voluntate testatoris, nisi rem dolo malo alio transtulerit: quo casu vere jam dicitur ibi eum rem præstare debere, quia tum id facere cogitur. Idem etiam recte convenietur, ubi res est, quasi obligatione contracta, ubi res solvi debeat. Sed hic immutabiliter, quia semper illi commodum est rem ibi præstare, ubi est ejus præstandæ copia, idest, ubi est. Sic fit, ut perpetuum sit, ibi quidque contra-

3) Quanquam Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 1. *n.* 19. *et n.* 51. *et seqq.* forum ex loco destinatæ solutionis distinguat a foro contractus ubi et docet *n.* 55. tunc in loco contractus celebrari non posse conveniri reum nisi ibidem domicilium habeat, etc. Qui vero certo loco solvere promisit, convenitur ibi non tantum quoad solutionem, sed etiam quoad damna et expensas *C. dilecti*, et ibi Panorm. *de Foro comp. Cap. fin. eod.* Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 29. *n.* 6. An vero tunc alio quocunque loco possit, vid. *infra C.* 19. *N.* 9.

4) Non vero ubi confectum instrumentum contractus probandi caussa, arg. *L.* 39. *de O. et A.* nisi placuerit contractum in scriptis fieri, vid. Rob. 1. *Sent.* 4. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 44. Matth. Steph. *d. C.* 29. *n.* 18. Confer. Tiraq. *de Retr. lig.* §. 2. *Gl.* 1. Non etiam ubi contractus est confirmatus, si is locus alius, quia confirmatio nihil novi addit, per *L.* 8. *h. t.* Gail. 2. *Obs.* 1. *n.* 4. Monach. *in Rub. extr. foro comp. n.* 26. Matth. Steph. *d. C.* 29. *n.* 21.

tractum videri, atque ibi agi posse, ubi res debita etiam certa solvenda est. Sed non contra hoc item valet, ut ubi agitur, et recte res debita petitur, ibi et solvi debeat. Id enim in specie debita locum non habet, quæ ibi peti potest, ubi res gesta est; potest tamen pro commodo debitoris ibi præstari, ubi est, nisi ipse eam alio transtulerit.

VIII. Adeo autem verum est, ubi pecunia accepta est, et generaliter ubi obligatio contracta, ibi pecuniam solvi debere, et exigi posse, ut quanvis forte reus alibi eo nomine conventus et condemnatus sit, puta in provincia, ubi domicilium habebat; tamen judicatum facere cogatur, [5] ubi pecuniam accepit; aut ubi aliter contraxit, si creditor id postulet: quod Papiniani responsum est in *L. argentarium*, §. 1. *D. de jud.* Cui contrarium non est, quod dicitur pecuniam debitam ibi dari debere, ubi petitur. *L. quod legatur, D. de jud.* Nam et tum petitur, cum postulatur, ut fiat judicatum. Agitur enim eo nomine judicati: quæ actio in eam rem prodita est. *L. miles*, §. *ult. D. de re jud.* Unde eveniet, ut cum judicatum fiet in eo loco, ubi contractum est, etsi post rem alibi judicatam; tamen vere dicturi simus pecuniam ibi solvi non solum ubi debuit, sed etiam ubi petitur.

IX. Sequitur quod tertium erat in superiore jure, necessitas jurisdictionis eo loco subeundæ, ubi contractum est. In quo verba ejus juris observanda sunt. In his illud primum, quod non dicitur reus ibi conveniri debere, ubi contraxit, sed ibi se defendere debere: ut necessitas hæc non ad actorem convenientem, sed ad reum conventum referatur. Et recte. Conveniri enim potest quisque ubi contraxit: sed non est necesse creditori id facere. Potest enim reus etiam conveniri eo loco, ubi domicilium habet, electione actori tributa, utro ex his agat, eone, ubi domicilium habet, an vero ubi contraxit; non autem reo, utro ex his conveniatur. *L. heres*, §. 1. §. *ultim. D. de judic.* Observandum deinde et illud, quod simpliciter dicitur reus ibi se defendere debere, ubi contraxit, nec quidquam de præsente aut absente reo adjicitur. Quo declaratur nihil hic referre, ubi sit reus cum quo ibi agitur, ubi contraxit; sed sive ibi inveniatur, sive [6] absit quam longissime, tamen ibi quæsitum et in jus vocatum ibi quoque se defendere debere. Intelligitur hoc idem certius ex eo, quod adversus eum qui ibi non defendatur, eodem in loco statuitur hæc pœna, ut bona ibi possideri patiatur. *d. L. heres*, §. 1. Hanc pœnam constat ita constitutam adversus non defensos, ut valeat adversus omnes, sive qui præsentes latitent, sive qui absentes per alium non defendantur. *L. 2. D. quib. ex causs. in possess. eat. L. item*, §. *hæ autem*, *D. ex quib. caus. maj.* Jam illud quid valeat reum se ibi defendere debere, videamus. Nempe hoc declarat, reum se ibi defendere necesse habere. Hinc quæsitum, qualem hanc necessitatem intelligamus, utrumne præcisam, an aliam.

X. Et refertur ab Accursio ad *d. L. heres*, §. 1. *de jud.* Joannis et Azonis sententia existimantium postulante actore reum qui alibi domicilium habet, debere a magistratu ejus loci remitti in eum locum ubi contractum est, ut se ibi defendat. In quo necessitatem præcisam hic accepisse eos apparet. Non putaverunt scilicet vere dici reum se ibi defendere debere, ubi contraxit, nisi cogeretur id facere: nec cogi, nisi in eum locum remitteretur. Id etiam defendebant exemplo criminalium caussarum, in quibus si reus qui alibi est, vocetur in eum locum in quo crimen admisit, placuit eo remittendum esse,

[5] Vix igitur convenire videtur quod Coler. docet *d. Cap.* 1. *n.* 22. regulariter et quasi semper post moram in solvendo adhibitam adeundum esse pro exsecutione parata, sive in res sive in personam debitoris, judicem domicilii etc.

[6] Vulgo tamen Interpretes requirunt, ut tempore instituti judicii, ibi reus reperiatur, vid. Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 1. *n.* 36. Mynsch. *Pract. judic. P.* 2. *Cap.* 6. *principali n.* 28. Paurmeist. *Lib.* 2. *de Jurisdict. Cap.* 8. *n.* 96. ubi idem ex omnium, ut ait consensu requiri, etsi in loco contractus pergulam tabernamve habeat, ut ibi consistere dicatur. Vult. *ad t. C. de jurisd. n.* 27. ubi excipit, nisi eodem loco se soluturum promiserit, tunc enim actionem tenere vult, etsi ibi reus non sit. At inquam regulariter eo ipso quod contraxit, ibidem solutionem promisit, modo nihil contra expresse taciteve convenerit. Et si alio loco solutioni destinato, quam quo res gesta est, actio ibi tenet, si vel tabernam ibi habeat reus, vel bona possideat, etsi lite mota ibi non reperiatur, Coler. *d. C.* 1. *n.* 50. quia eo loco tacite contractum censetur, et ut Coler. *n.* 51. ficte. Idem utique erit in loco ubi vere contractum, est solutione in alium locum non collata. Quanquam forte in effectu consentit nostro Coler. dum *ibid. n.* 50. docet non repertum in loco rei gestæ condemnari non posse ut contumacem, quoad effectus personam concernentes, excommunicationem, etc. posse quoad effectus bona respicientes, ubi vid. et Zang. *d. C.* 1. *n.* 65. *et n.* 72. Covar. *Pract. QQ. C.* 10. *n.* 4. Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 29. *n.* 30. Qui *n.* 34. tradit non aliter in loco contractus conveniri efficaciter, quam si vel ibi deprehendatur, vel bona possideat. Quod ab iis quæ hic Donellus non abludit. Male vero qui, etsi inveniatur reus, in loco contractus, excipiunt, nisi confestim recessurus, arg. *L.* 19. §. 2. *de judic.* Zang. *d. C.* 1. *n.* 48. *et seqq.* Nam *d.* §. 2. non requiritur ut tunc non sit advena quando agitur, quasi ex ea caussa jus sit revocandi domum, sed ne tunc fuerit quando contractum est. Omnia enim ibi verba præteriti temporis referentia se ad tempus negocii gesti, non litis institutæ. Quare si tabernam pergulamve habeat, qui contraxit eo loco, actio deinde contra eum tenet, etsi tempore litis intentatæ ibi non sit. Quod omnino probat *d. L.* 19. *pr.* Nam si heres absens, qui ex persona defuncti convenitur, ibi defendendus, ubi defunctus contraxit, sane multo magis ipse defunctus si viveret ibi etsi abesset, lite pulsari posset. Absurdum namque durius quem adstringi ex persona alterius quam propria, et heredem deterioris esse conditionis defuncto. Ad hæc. Qui ex necessaria caussa alicubi est, pro absente habetur, quatenus scilicet ei expedit, per *L.* 2. §. 3. *de judic. C. ult. de dilat.* At qui ex necessaria caussa (excepta legationis) est in loco, quo contraxit, potest ibidem conveniri, *d. L.* 2. §. 4. Ergo et si plane absit.

se, ut res apud judicem ejus loci transigatur: cui rei forma data est a Justiniano *Novel. ut nulli jud.* 134. §. *si vero quis.* Item exemplo servi qui a domino fugisset: qui si ubi nunc degit, pro libero se gerat, et libertatem sibi vindicet; placet eum eo loco litigare compellendum, ubi dominus domicilium habet, unde fugit; ideoque et remittendum eo a præside provinciæ in qua servus degit. *L.* 1. *C. ubi cau. stat.* Sed hæc sententia aliis 7) displicuit et merito. Est enim totum hoc genus remissionis in re pecuniaria inauditum jure civili. Immo vero hoc ipso jure aperte rejicitur. Didicimus enim, quod supra attigi, cum is adversus quem agere volumus, non existit, neque defenditur, hanc esse pœnam constitutam edicto, ut mittamur in possessionem bonorum ejus. *d. L. item*, §. *hæc autem*, *ex quib. cau. majo. L.* 2. *D. quib. ex cau. in poss. eat.* Quam et ipsam pœnam Ulpianus nominatim posuit adversus eum, qui ubi contraxit, non defenditur, in *d. L. heres*, §. 1. *de jud.* Et ne forte hanc ita esse putemus, ut esse possit etiam alia: ego didici hanc ita esse adversus non defensos, qui ubicunque sint, ut sit sola, indicat *L. satisque*, *D. de in jus. voc.* Quod si sola, etiam ista alia remissionis pœna tollitur. Et quorsum tandem ista remissio in re pecuniaria plane inepta et inutilis? finge enim eum qui jubetur ire in eum locum, ubi contraxit, non ire. Quid judex promovebit, nisi eum vinctum, si repugnet, duci jubeat? Et ubi vincula audita in re pecuniaria? Demus jussum ire sua sponte. Tamen hoc ipsum ad id quod volumus, plane sit inutile. Hoc enim agitur, ut reus se ibi defendat, ubi contraxit. Atqui quantumvis in eum locum venerit; potest tamen cum ibi erit, latitare: neque alia pœna frustrationis ejus futura est, quam ea, quæ sine ista remissione futura erat, ut in bona absentis mittat prætor, et si res exigat, jubeat distrahi, *d. L. item*, §. *hæc autem*, *D. ex quib. caus. maj.*

XI. Neque vero superiores illi, aut si qui sunt, qui idem senserunt, debuerunt moveri his verbis Ulpiani, quibus ille scribit reum ubi contraxit, ibi se defendere debere. Nam vel ipse locus, in quo id scriptum est, eos movere debebat, necessitatem quidem defendendi sui ibi statui, sed necessitatem cum adjectione, non præcisam aut absolutam. Ait enim Ulpianus: *ibi se debebit defendere: et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur.* Necessitatem ergo defendendi sui intelligit; sed consequentiæ, sive cum adjectione, nisi velit incidere in pœnam adversus eos qui non defenduntur, constitutam, ut bona possideri patiatur. At recepta est istiusmodi remissio in criminibus. Vel hoc ipsum satis argumenti est non debuisse idem intelligi in re pecuniaria. Alioqui nihil negotii erat in universum constituere, ut qui uspiam se obligavit, remitteretur in eum locum, ut ibi de re contracta ageretur. Nisi forte quod constitutum est de ista remissione in criminibus, idem recipiendum putamus in caussa pecuniaria; quia par caussa sit. Quod longe secus est. Sane enim par est in eo criminum et contractuum conditio, quod in utroque genere geritur id, quod pro contractu habeatur. *L. omnem*, *D de jud.* par et in eo, quod ibi quisque se defendere debet, ubi quovis facto se obligavit. Sed in ea transmissione de qua agitur, longe dissimilis, quod in criminibus publice interest exemplum in sontes ibi edi, ubi deliquerunt, ut in criminibus paulo post amplius dicetur. Id autem aliter fieri non potest, quam si reus præsens erit. Nihil simile in privatis caussis: ubi si quis damnatus sit, non persona ipsa vocatur ad pœnam exempli edendi caussa, sed bona ejus capiuntur, unde satisfiat judicatis. *L.* 1. *C. de exsec. rei judic.* At enim etiam in caussa privata hoc receptum est, ut si servus qui a domino fugit, de servitute sua domino controversiam faciat, et de ea litigare paratus sit, remittatur in eum locum, unde fugit, atque ibi litigare cogatur. *L.* 1. *C. ubi cau. stat.* Nihil hoc exemplum ad rem pertinet. Fuit enim hic servus, quem proponimus, actor qui libertatem sibi vindicaret. Non mirum, si de libertate litigare volens 8) remitti debuit in eum locum, ubi vetus ejus possessor

7) Vid. Duar. *de Judic. Cap. de Foro com. fol.* 168. Covar. *Pract. QQ. C.* 10. *n.* 4. Zang. *d. C.* 1. *n.* 55. Suarzenthal. *Lib.* 1. *Pr. iudic. Cap.* 6. *n.* 22. Paurmeist. 2. *de Jurisd.* 4. *n.* 101. *et C.* 8. *n.* 97. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 29. *n.* 47. *et seq.* quia sicut de domo sua quis invitus ex caussa civili extrahi non debet, ita nec de civitate vel provincia, Gail. 1. *de Pa. publ.* 16. *n.* 32. ubi excipit, nisi specialiter renunciaverit privilegio fori ex *Gl. comm.* approbata *in L. verbo pro non dato*, *Si quis in ius voc.* Bart. *ad L.* 19. §. 1. *hoc tit. n.* 1. Covar. *d. Cap.* 10. *n.* 5. quam tamen alii communiter reprobari testati sunt, quos refert Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 52. *n.* 4. etsi ipse eam probet, per *L. pen. Cod. de pact.* Enim vero admisso hoc casu, non ideo, ut reus criminis, in vinculis remittendus erit, sed compelletur a judice domicilii remediis competentibus, ut eo vel ipse eat, vel Procuratorem ad litem tractandam mittant, Vasq. *d. loc.*

8) Nec ibi est remissio vera, quæ fiat a magistratu loci, ubi reperitur fugitivus, magistratui loci unde aufugit. Ut frustraneus sit labor, qui in conciliandа *d. L.* 1. cum *L.* 1. *Cod.* Ubi *quis de curiali etc.* insumitur tum ab aliis tum a Vult. *ad d. L.* 1. *Cod. Ubi quis de cur. n.* 28. *et seqq.*

sor a quo fugit, domicilium habuit: quoniam actor sequi debet forum rei, nec aliter ad agendum admittitur: idemque et in quovis alio actore observaretur. *L.* 2. *C. de jurisdict. L.* 3. *C. ubi caus. stat.* Nos de reo agimus, qui si non defendatur in eo loco, ubi convenitur, nihil ideo petit, quod propter rem non defensam ei denegemus. Solum hoc quæritur, ut adversus non defensum consultum esse possit creditori: quod fit jussione in possessionem: de qua dicetur suo loco. Bene igitur et consentanee jure civili omnis hæc transmissio et ductio rei in eum locum, in quo contractum est, repudiata est jure Pontificio in *C.* 1. §. *contrahentes*, *lib.* 6. ut jam minus minusque de auctoritate, et æquitate ejus constitutionis possit dubitari.

XII. Quapropter constet jam nobis hæc sententia, unumquemque qui alicubi contraxit, ibi in jus vocatum ibi se defendere debere, atque adeo necesse habere, sive illic inveniatur, sive absit: sed hac lege, non ut si absit, neque defendatur, eo remitti debeat: sed ut bona, quæ ibi habet, patiatur, 9) possideri: quæ sola pœna est adversus reos non defensos constituta.

XIII. Quid si reus bona ibi non habebit? Nullæ sunt jure adversus eum judicis partes, non quod jus deficiat; sed quia nullæ sunt reo facultates, in quas magistratus ejus loci jurisdictionem exerceat. Certi juris est, neminem judicem mittere posse actorem in possessionem eorum bonorum, quæ ejus territorio subjecta non sunt. *L. cum unus*, §. *is qui*, *D. de reb. aut. jud. poss.* pertinetque id ad illam sententiam generalem, quæ dictat extra territorium suprave jurisdictionem suam jus dicenti impune non parere. *L. ult. D. de jurisd.* Sed an non potest magistratus apud quem agitur, decernere absentis bona possideri, quæ sunt alibi, ut magistratus eius loci, in quo ea bona sita sunt, id judicatum exsequatur; et an non is magistratus id decretum exsequi debebit? Et scriptum est in *d. C.* 1. §. *consentientes*, *de for. compet.* recte id decerni, et judicem ejus loci, in quo ea bona sita sunt, decretum exsequi debere. Quod si usquam sequi placet, bene est: non est refragandum. Sin ad potestatem et iurisdictionem cuiusque iudicis revocatur, verendum 10) ne defendi non possit. Etenim de reo invito loquimur, et qui in eo loco in quo neque domicilium habet, neque contraxit, nolit se subiicere iurisdictioni iudicis, qui eo loco præsit. Quantumvis reus bona ibi habeat, non tamen efficiunt, ut propterea subiiciatur iurisdictioni eius loci, nisi de eorum proprietate aut possessione cum eo agatur. Quo jure igitur mittet is iudex actorem in possessionem bonorum absentis et inviti? Quodnam hic jus ei relinquatur ad eam rem, non animadverto. Aut enim volet superius decretum exsequi ex persona eius iudicis qui decrevit, aut ex sua. Non potest ex persona eius qui decrevit, quoniam is decrevit super iurisdictionem suam. Multo minus potest ex sua persona; quoniam mittendo in possessionem bonorum rei, ius dicit. Jus autem dicere adversus eum, quem suæ iurisdictioni subiectum non habet, nulla ratio iuris patitur, ut possit.

XIV. Superest, videamus, quod erat quartum, sitne hoc ius perpetuum, ut ubi quis obligatus est, et contraxit ibi se defendere debeat. Et generaliter definitum hoc est in

d.

9) Quomodo autem hic citandus reus, an a judice loci contractus, an per subsidium judicis domicilii? Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 64. *et seqq.* ita: Si judex loci contractus superior est judicis domicilii, sua auctoritate vocabit *L.* 33. §. 5. vers. *verum si Cod. de Ep. et cler. L.* 2. *C. de off. præs. urb.* quia hic ab illo cumulative jurisdictionem habere creditur, nisi privative sibi concessam doceat. Sin æque inferior per subsidium illius, etsi uterque sint sub eodem superiore, ejusque nomine jurisdictionem exerceant, quia utriusque jurisdictio territorio cohæret, illius finibus inclusa, nisi tamen debitor citantis subditus (ut addit. *n.* 69.) Quod si jurisdictionem suo nomine habeant: non aliter quam per subsidium, sive sint sub uno, sive sub diversis principibus. Nec alias citatio reum arctat, aut in contumaciam contra illum procedi potest, ita Zang. add. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 10. *n.* 7.

10) Ita et Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 4. *n.* 101. si hoc ad rationes juris civilis revocetur, dubium reddi. Et *C.* 8. *n.* 97. in foro civili locum non habere. Atqui non videtur jure ignotum, ut sententiam in alio territorio dictam magistratus alterius provinciæ exsequatur *L.* 45. §. *ult. hoc tit. L.* 15. §. 1. *de re jud.* Jurisdictio enim una aliam adjuvare debet *L.* 8. *Cod. de Ep. aud.* Gail. 1. *Obs.* 113. *n.* 16. *et Obs.* 115. *n.* 2. Zang. *d. C.* 1. *n.* 73. *et seqq.* exceptiones quatuor refert, ubi actio teneat in loco contractus, etsi nec ibi tunc versetur reus, nec bona habeat, ad hunc scilicet effectum. (1) Si malitiose se occultet vel latitet *d. C.* 1. §. *contrahentes.* (2) Quando in casum moræ se ad sistendum personaliter aliquo in loco obligavit. *Cap. ex rescripto*, et ibi *CC. de iureiur.* Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 2. *n.* 88. (3) Quando de reddendis rationibus agitur ex administratione vel pubblica vel privata tutelæ aut curæ. Ubi enim negocia gesta, rationem reddi oportet *L.* 18. §. 1. *L.* 36. §. 1. *L.* 45. *pr. h. t. tit. G. Ubi de ratiocin. tam publ. etc.* Unde vulgo in actione ratiociniorum remissioni locum esse, Covar. *Pract. QQ. C.* 10. *n.* 4. *in fi.* Vult. amplius in *L.* 1. *C. Ubi de ratiocin.* peculiare esse ei actioni ac proprium forum locum gesti negocii adeo, ut in loco domicili conventus reus jus eo revacandi habeat, etsi usu fori id non obtinere fateatur *n.* 9. Et ratio habetur in *L. ult. C. d. t. in fin.* Quæ cum privatis etiam ratiociniis, in actione negociorum gestorum mandati, pro socio, conveniat: generaliter hoc etiam de iis, cum Cujacio *in Par. C. d. t.* intelligit Vult. *in d. L.* 1. *n.* 6. Quanquam Zang. *d.* 1. *n.* 77. et Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 29. *n.* 37. hoc restringant ad ea negocia, quæ ad magistratum loci spectant, vel primario si administratio publica, vel secundario in tutela vel cura, arg. *tit. D. et C. de magistrat. conven.* Quam restrictionem nec conceptio generalis tit. *C. Ubi de ratiocin. publ. vel privatis*, nec verba *d. L.* 1. *sive ex quocunque alio titulo* nec ratio in verbis extremis *L.* 2. *et ultim. d. tit.* Nec etiam *L.* 36. *in fin L.* 45. *princ. D. hoc tit.* admittere videntur. Quarta exceptio, si certo loco solvere, ibique respondere, jurato promiserit, Zang. *d. C.* 1. *n.* 78. Covar. *d. C.* 10. *n.* 6. Matth. Steph. *d. C.* 29. *n.* 40. Monach. *in Rub. extra de foro comp. n.* 23. Seraphin. de Seraph. *Privileg. iuramentorum* 105. *n.* 3. Quibus aliæ addi possunt ex Covar. *d. Cap.* 10. maxime ea, si privilegio fori renunciatum, ut *supra N.* 7. *etc.* Secus autem esse si citra renunciationem et juramentum promiserit sibi responsurum, Covar. *d. C.* 10. *n.* 6. v. *undecimo.*

d. L. heres, §. 1. *D. de judic.* Unde intelligimus generale jus esse et perpetuum. Et sane in omnibus contractibus, seu in omnibus factis obligatoriis una caussa est, cur qui alicubi contraxit, ibi se defendere debeat, quia se ibi obligavit. *L. omnem*, *D. de judic.* Quapropter et in omnibus ex una et eadem caussa jus idem esse oportet. *L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Una exceptio est ex edicto generali de pactis ad omnes contractus omnesque obligationes pertinens; nisi si convenerit, ne eo loci se reus defenderet. Addita exceptio in *d. L. heres*, §. *proinde*, *de judic.* Conventio ex edicto superiore ideo servanda, quia placuit omnia pacta ad defensionem aliquam rei comparata, quanvis interposita postea et ex intervallo, parere exceptiones. *L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, *D. de pact.* *L. in bonæ*, *C. eod.*

XV. Id si in aperta conventione recipitur, etiam recipiendum fuit in tacita; si puta tacite id actum sit, ne reus ibi cogeretur se defendere, ubi contraxit. Valent enim tacitæ conventiones non minus, quam verbis nuncupatæ. *L. 4. D. de pact.* Unde et illud dictum, semper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse. *L. 3. D. si cer. pet.* Tertium id quærendum est, ubi id actum, ubi hæc mens et sententia contrahentium esse intelligatur. Et notata est hæc sententia a veteribus in quibusdam caussis; quam et illi conjectura secuti in his ipsis caussis tanquam tacitam conventionem admiserunt. Hinc natæ exceptiones tres, in quibus placet reum non cogi se ibi defendere, ubi contraxit: non alia de caussa, quam quod tacite id actum intelligebatur. Exceptæ igitur personæ duæ certis in caussis, et per se genus unum obligationis. Personæ hæ: mercator advena, et maritus in caussa dotis.

XVI. Mercator advena, qui iter facit, aut præternavigat mox discessurus, si quid aliquo in loco emat, aut vendat: eo nomine obligatus non cogitur se ibi defendere, ubi contraxit. *L. heres*, §. *proinde D. de jud.* Scilicet quia personarum conditio hanc conventionem inducit, quasi id actum sit inter contrahentes. Nam in advena propositum mox discedendi et continuandi iter suum facile declarat, atque adeo denuntiat omnibus qui ab eo emunt, aut ei vendunt, non esse eum hoc animo, ut velit ob hæc facta ibi detineri, et judicii caussa iter cœptum interrumpere. Qui autem cum eo contrahit conditionem ejus non ignorans; quia cum tali contrahit, qualis est, hoc ipso hanc ejus conditionem et voluntatem in contrahendo sequi intelligitur: ut de eo responsum est, qui cum filiofamilias sciens contrahit. *L. 3. in pr. D. de sen. Mac.* Sed ut ita non cogatur advena, duo concurrere oportet: quæ summa est eorum, quæ de hac specie tractat Ulpianus in *d. L. heres*, §. *proinde*, *de jud.* Unum, ut si viator advena, qui sic venit, aut præternavigat, ut confestim sit discessurus, neque [11] quidquam faciat, quo declaret se merces suas illic venum exponere velle. Quod si quo in loco constitit, inquit Ulpianus, non dico jure domicilii; sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, egit, defendere se eo loci debebit. Alterum est, ut qui ab eo emit, aut ei vendit, sciat advenam esse, et statim inde profecturum: ut solemus nosse eos, qui in navi sunt præternavigantes: item hospites, qui in aliquod hospitium diverterunt, et se dicunt iter suum peragere. Quod si talem esse iguoravit, qui cum eo contrahebat, nihil proderit advenæ talem fuisse, quominus ubi contraxit, ibi se defendere debeat, et merito: omnis enim hæc exceptio, ne se ibi defendere cogatur, ex consensu est, seu ex eo, quod inter istos actum intelligitur. Non potest autem videri in conditionem personæ consensisse, qui in ea conditione erravit. *L. 2. D. de jud.* Hæc, inquam, Ulpiani sententiæ summa et ratio est, quæ exstat in *d. L. heres*, §. *proinde*, *D. de jud.*

XVII. Maritus in dote si cum alibi domicilium haberet, alibi dotem accepit, puta in domo mulieris aut patris ejus, vel ibi de dote convenit, et instrumentum dotale conscriptum est: in ea caussa habetur, ut non cogatur se ibi defendere, sed solum ubi domicilium habet, si quando dos ab eo repetetur. Hoc idem Ulpianus in *L. exigere*, *D. de jud.* addidit rationem: *quia in mariti domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.* Qua ratione non aliud de-

11) Si stationem ibi aut officinam pergulamve (de qua voce vid. Cujac. 11. *Obs.* 13.) non habuerit vel conduxerit *d.* §. 2. Et ita si creditor ejus fidem sequutus sit. Nam si fidem ei non habuerit: ibi conveniri posse tradunt, ut adversus recessurum arrestum impetrari possit, donec solvat vel satisfaciat, Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 29. *n.* 23. *et seq.* Quanquam detentiones illæ arrestorum moribus potius, quam juri Romano acceptas, ferendas verius sit, utut P. Bus. *ad L.* 1. *de judic. n.* 6. *et* 7. *ex Nov.* 69. *Cap.* 1. profluxisse existimet. Nundinis quoque hoc datum est, ut ad eas venientes de debitis alio tempore contractis conveniri nequeant *L.* 1. *Cod. de Nund.* at de contractis iis ipsis nundinis possunt, Matth. Steph. *d. C.* 29. *n.* 52

declarat, quam ideo mulierem dotem suam exigere posse, ubi maritus domicilium habet, non etiam ubi dotis obligatio contracta est, quia mulier dotem dando hoc ipsum egit. Idque ita colligit. Constat dotem dari matrimonii cum marito jungendi, aut juncti tuendi caussa. Est enim dos omnis matrimonii caussa comparata. *L.* 3. *L. dotis*, 7. *D. de jur. dot.* Dat ergo mulier dotem, ut mariti matrimonium sequatur. Proinde ut domicilium: quoniam matrimonii conditio hæc est, ut per hanc mulier [12] in domicilium mariti veniat, et id sequatur. *L. penult. D. de jurisdict. L. ult. C. de inco. lib.* 10. Quo facto multo magis id egit, ut domicilium mariti sequerentur res externæ, si quæ ad matrimonium pertinent: quo in numero dos est. *d. L.* 3. *de jurejur.* Pugnant autem mariti domicilium in dote sequi, et maritum alio vocare, ubi is forte de dote contraxit. Quare mulier dotem dando non obscure id egit, ut ibi solum dotem exigeret, ubi maritus domicilium habet, ubi et ille se defendere cogitur; non etiam ubi instrumentum dotis conscriptum est, aut aliter de dote contractum, si maritus alibi domicilium habuit.

XVIII. Genus unum obligationis exceptum est, *Constitutum*: in quo hoc idem tribuitur constituenti, ne se ibi defendere et judicium pati cogatur, ubi constituit, sed ibi solum ubi debetur, quod constitutum est. Hoc in persona legati in legatione, puta Romæ constituentis quod in provincia debebatur, responsum est in *L. si quis in legatione*, 8. *D. de judic.* Sed nihil hic proprium legati: verum ad omnes qui quid uspiam constituerunt, pertinet. Nam cum teneatur Romæ legatus ob contractam a se in legatione obligationem, qui alias non teneretur: si Romæ constituens quod in provincia debebatur, non tamen tenetur Romæ, necesse est ideo fieri, aut quia constituendo non contrahit, aut quia constitutum habet aliquid proprium, cur qui constituit, non debeat ibi judicium pati, ubi constituit, etsi maxime ibi contraxerit. Prius dici non potest. Constituendo enim nos obligari constat, et quidem ex consensu. §. *de constituta*, *Instit. de act.* Quo in genere versantur ii, qui proprie dicuntur contractus. *L.* 1. *si cert. pet. L. non solum*, *D. de oblig. et act.* Ut nihil aliud; ipsa certe sola obligatio, seu factum ipsum quo obligamur, in hac parte pro contractu habetur, ut ante diximus. *L. omnem*, *D. de jud.* Restat igitur alterum, ut sit hic videlicet aliquid proprium constituti, quo fiat, ne qui alicubi constituit, quod alibi debebatur: ibi se defendere debeat, ubi constituit. Quod certe ad omnes constituentes ex æquo pertinet. Quodnam ergo id est? Id quod natura constituti suggerit: ut nimirum in omni constituto non constituti obligationem, sed constituti caussam et originem spectemus, id est, principale debitum, quod constituitur: quo fiet, ut constitutum ejus debiti caussam sequatur. Traditum in *L. qui id quod*, *D. de donat.* Id, inquam, natura constituti, et vis verbi ostendit. Nam constituere debitum, non est novam obligationem inducere dissimilem a priore; sed veterem nova accessione confirmare: ut proinde quale quidque est, quod prius debetur; tale sit et constitutum.

XIX. Sed hic occurrunt loci contrarii duo, ut videtur, quos pauci expediunt, atque adeo nisi si qui me præterierunt, nulli. Loci hi sunt: *d. L. si quis in legatione*, 8. *D. de jud.* et *L. eum qui*, 5. §. 1. *D. de pecu. constit.* In priore ita scriptum est: si legatus in legatione, puta Romæ, constituerit se soluturum, quod ante legationem debuerit, intellige debuerit vel Romæ, et multo magis si debuerit alibi, puta in provincia: non cogi eum ibi judicium pati, ubi constituerit, quæ sententia est ea, quam ante posuimus. Contra in *L.* 5. §. 1. *D. de pec. const.* scriptum est his verbis: *Julianus legatum Romæ constituentem, quod in provincia acceperat* (ergo ante legationem. *L.* 2. §. *item si extra*, *D. de jud.*) *putat conveniri debere, quod et verum est.* Varia allata sunt ad hæc concilianda: sed omnia ejusmodi, nisi quæ me fugerint, quæ verbis ipsis locorum satis refellantur. Quid verbis opus est? Non effugimus, quin contrariæ sint hæ sententiæ, si posterius istud Juliani sic accipimus, quasi legatum Romæ constituentem, quod in provincia contraxerat, putet conveniri debere, et conveniri [13] Romæ, ubi constituit. Sed quid necesse est sic interpretari, cum verba non

12) Quia ipso contractu matrimonii sit mutatio fori, ergo locus is spectatur, in quem fit migratio, Matth. Steph. *d. Cap.* 29. *n.* 58. Cumque uxor viro subjecta ejus domicilium sequi cogatur, videtur solutio dotis exigendæ et omnis virtus, qualitas hac effectus ejusdem conferri in locum domicilii mariti. Et alibi is contraxisse tanquam advena censetur, Gomez. *in L. Tauri* 50. *et* 3. *seqq. n.* 50. add. Robert. 1. *Sent.* 4.

13) Ut Cujac. 13. *Obs.* 17. et Bron. 1. *Ass.* 68. qui sic: Si legatus Romæ constituit se Romæ soluturum, quod in provincia contraxit, Romæ convenietur *d. L.* 5. §. 1. Sin in provincia constituit se Romæ soluturum, tempore legationis Romæ conveniri nequit *d.* §. 1. v. *sed etsi*, alio potest. Quod si Romæ constituit se soluturum simpliciter, non adjecto loco, quod in provincia contraxit, Romæ non convenietur *d. L.* 8. quia principaliter ibi non contraxit et constituti origo inspicienda *L.* 35. *pr. de Donat.* Aliter Pac. 3. *Q.* 21. negatione inserta *d.* §. 1. legens *non debere*, quia, ait, si affirmativa lectio, diceretur *posse*, *non debere*.

non cogant? Vera, nisi fallor, hæc ratio est et distinctio superiorum locorum. Legatus Romæ in legatione constituens, quod in provincia eaque ante legationem contraxerat, conveniri debet de pecunia constituta; idest, de pecunia constituta tenetur, et hoc verissimum est. Tenetur enim re vera: quia nihil prohibet, quominus sit utile constitutum: hæc Juliani sententia est superior. Sed qui ita constituit; non tenetur Romæ, ubi constituit. Id autem est, quod traditur ex Cajo in *d. L.* 8. *de jud.* Si explicatius dicendum est: quæritur apud Julianum, an legatus in specie proposita teneatur: apud Cajum; ubi teneatur, Julianus simpliciter teneri respondet: Cajus non teneri, ubi constituit. Quod qui negat, non negat eum simpliciter teneri. Etsi enim legatus Romæ constituens, quod in provincia debuerat, non tenetur Romæ; tenetur tamen, et agi cum eo potest in provincia. Ubi si non defendatur per procuratorem, mitti in possessionem bonorum ejus potest. Dicet aliquis, non fuisse hanc Juliani sententiam, ut legatum Romæ constituentem, quod in provincia debebatur, vellet simpliciter teneri. Nam quæ caussa esse potuit, cur dubitaretur, an ita teneretur legatus, cum nihil prohiberet eum Romæ contrahere? Et fuit ea dubitationis caussa, quæ subjicitur in *d. L.* 5. §. 1. Nam si legatus non Romæ, sed cum adhuc esset in provincia, constituerit se Romæ soluturum, placet denegari in eum actionem de constituta. Ubi rursum observandum est, denegari actionem simpliciter et in totum, non autem Romæ. Hoc si ita est, merito dubitari potuit, an idem esset, si e converso, cum Romæ esset, constituerit legatus, quod debebatur in provincia. Sed hæc dissimilia sunt, et recte, sive a Juliano, sive ab Ulpiano distincta. Nam qui legatus cum in provincia esset, constituit se Romæ soluturum, ideo plane non tenetur, quia ex eo constituto neutrubi conveniri potest, neque in provincia, neque Romæ. Non utique in provincia, quia non constituit se in provincia soluturum, sed Romæ. Rursum non Romæ, quia cum in provincia, intellige sua, constituerit, constituit ante legationem. Legatus autem de eo, quod ante legationem etiam Romæ contraxit, Romæ conveniri non potest. *L.* 2. §. *item si extra*, *D. de jud.* Expedita hæc ut mihi videtur, horum locorum explicatio est; quam cum neque verba, neque sententia ullo modo impediant, sed per omnia congruant, nihil est, cur eam non magnopere sequendam putemus. Sunt igitur, ut dixi, superioris juris extra conventionem apertam exceptiones istæ tres, natæ ex eo, quod in singulis tacite actum videtur, ne reus se ibi defendere cogatur, ubi contraxit.

XX. Quibus detractis non dubitabimus generaliter definire, quæcunque obligatio est, sive ex contractu, sive ex quasi contractu, sive ex maleficio, aut quasi maleficio, ubicunque se ex his caussis obligavit, ibi etiam eum contraxisse videri, et tanquam qui ibi contraxerit, ibi jure perpetuo se defendere debere. Sed nonnullæ hic sunt, ut ante dixi, dubitationes circa legata et fideicommissa; quæ cum ex quasi contractu petantur ab herede, tamen alia omnia loca hic constitui videntur, ubi se heres defendere debeat, quam is ubi contraxit. Exsistunt et nonnullæ in criminibus. Quamobrem utrumque genus postulare visum est, ut hoc loco separatim de utroque dicatur, quo explicetur, numquid hic recessum sit a superiore jure; aut si recessum non est, quid sibi velit illa varietas, et diversitas, quæ in speciem in his incurrere videtur.

CAP. XV.

Ubi de legato et fideicommisso agatur; ubi de his judicis jurisdictio.

De loco, ubi legatum et fideicommissum peti possit, cur separatum tractetur. I.
Fideicommissum peti debere, ubi heres domicilium habet, aut ubi contraxit. II.
Eo loci contraxisse videri debet, ubi præstari fideicommissum testator voluit. III.
Voluntas testatoris, si expressa fuerit, omnino sequenda. IV.
Sin minus: illa verisimilis, quæ heredi commodior. V.
Ideo legata certa specie ibi, ubi res est, solutionem ejus fieri debere, etsi alibi peti etiam possit. Et quatenus. VI. VII.
Sed incerta re legata, ibi eam peti debere, ubi tota hereditas, aut pars major existit. VIII.
De majori parte quomodo æstimandum propter æs alienum. IX.
In petitione majori parti minor prævalet interdum ex voluntatis conjectura. Hæc ducitur ex tribus. X.
1. *Ex consensu heredis. Hic quot modis declaretur.* XI.
2. *Ex conditione rei legatæ, et quomodo.* XII.
3. *Ex conditione fideicommissarii; et qui talis sit.* XIII.
Rerum summa, et conclusio. XIV.

I. IN legatis et fideicommissis constat heredem earum rerum nomine obligari legatariis et fideicommissariis: obligationem hanc ex quasi contractu esse: heredem enim cum hereditatem adit, contrahere videri, dum scilicet hereditatem adeundo ejus onera in se suscipit, earumque rerum præstationem, quas testator præstari voluit. §. *heres, Inst. de obl. quæ ex quas. cont. nas. L.* 3. in fin. *D. quib. ex cau. in posses. eat.* Erat ergo ex superiore jure, ut heres de legatis et fideicommissis ibi se defendere cogeretur, ubi quasi contraxisset. Et quoniam diximus eum his de rebus quasi contrahere hereditatem adeundo: convenire videbatur, ut de his agi posset, ubi heres hereditatem adiisset, ibique judicium pati cogeretur. Nunc autem quidvis potius in his, quam superior locus constitutus. In quo augetur difficultas, quod extra eum locum non unus constitutus est, ubi tanquam contracta ibi obligatione, de fideicommisso agi posset cum herede, sed plura et varie: quasi parum esset uno modo mutari jus superius, nisi id fieret pluribus. Nam modo dicitur fideicommissum peti posse, ubi testator voluit: modo ubi est res legata: modo ubi hereditas: alias ubi est major pars hereditatis: interdum etiam ubi minor. Merito igitur quæritur his locis, tam aliis, tamque variis constitutis, viderine possit etiam in hoc genere jus superius servari, ut si non servatur, videamus quamobrem: si servatur, saltem hoc ipsum explicetur, quomodo ista varietas ad unam istam regulam videatur posse aptari: quæ explicatio merito separatam hanc tractationem desiderabat.

II. Sciamus vero nihil hic novi juris constitui, sed eadem omnia, quæ in cæteris obligationibus et caussis, quæ ubique contractæ sunt. In cæteris caussis duo loca sunt, ubi qui obligationem contraxit, se defendere cogitur; ubi domicilium habet, et ubi contraxit. *L. heres,* §. 1. §. *ult. D. de jud.* Hæc eadem loca, neque alia constituta sunt in persecutione fideicommissi, quoties tamquam ex quasi contractu adversus heredem agitur, nempe tamquam adversus obligatum actione personali. Nam cum de re testatoris legata agitur actione in rem, aliud juris est; de quo postea. Neque nunc ad contractum, de quo agimus, pertinet. Primum fideicommissum recte ibi petitur, ubi heres domicilium habet, sive illic hereditas est, sive nulla pars hereditatis. *L. si fideicommissum,* §. *ult. D. de jud.* Extra domicilium ibi quoque de fideicommisso cum herede agi potest, ubi de eo cum fideicommissariis obligationem contraxit: neque vero alibi cogitur se defendere.

III. Quod ut intelligatur, meminisse oportet definitionis ejus, quam supra esse diximus ejus loci, in quod quid contractum est. Ibi unumquemque contraxisse definimus, non ubi

ubi negotium gestum est, unde obligatio oritur, sed ubi ex eo negotio pecunia et res debita solvenda est. *L.* 3. *D. de reb. auct. jud. poss. L. contraxisse*, *D. de obl. et act.* Hæc eadem definitio in hoc quoque genere nobis servanda est. Quam secuti recte dicemus etsi heres hereditatem adeundo quasi contrahit cum legatariis et fideicommissariis; non tamen ibi contrahere intelligi, ubi hereditatem adit, sed ubi ex hereditatis aditione legatum aut fideicommissum præstandum est. Est autem præstandum, ubi [1] testator voluit. Ut enim in contractibus voluntas contrahentium spectanda est de iis, quæ ex contractu præstari oportet: ita in legatis et fideicommissis voluntas testatoris. Hæc est, quæ in testamentis totum facit, ut ita debeatur quidquid ex testamento, prout testator voluit: si quid noluit, non debeatur, nec sit præstandum. *L. ex facto*, §. *rerum*, *D. de her. inst. L. verbis legis*, *D. de verb. sign. L.* 12. in fin. *L. pen. D. de leg.* 1. Hanc voluntatem sequitur, eique se subjicit heres, quisquis hereditatem adit. Ita fit, ut ubi testator fideicommissum præstari voluit, ibi et de fideicommisso contraxisse heres intelligatur. Cui jam consequens est ex superiore jure, ut et ibi conventus appellatusve heres, ibi se defendere debeat, non alibi, si quid ob contractum agatur. Et vere hoc unum constitutum est a veteribus in hoc genere: idque ita factum reperiemus in omnibus istis locis, quæ tam alia, tamque inter se diversa prima ratione videri possunt.

IV. Jam primum hoc constat, si quo in loco voluit testator fideicommissum præstari, eo probato ibi et dandum et petendum esse: neque hic quærendum esse, quæ nam res sit, quæ petatur, incerta an certa, et ubi sit: ac ne illud quidem, utrum eo loco sit hereditas, vel major pars hereditatis, nec ne. Voluntas enim præstationi legem dedit. *L. si fideicommissum*, in pr. *D. de jud.* Vel hoc maxime declarat, in aperta voluntate testatoris non alio hic nos jure uti, quam illo superiore per omnia. Ideo enim eo loco petitur fideicommissum, quia heres ibi contraxit: et contraxit ideo, quia voluntatem defuncti secutus, ut ibi solveret, se obligavit.

V. Quid si testator de loco ubi præstari vellet, nihil cavit? Proximum fuit, ut in re ex voluntate testatoris pendente id potissimum sequeremur, quod maxime verisimile esset de loco præstationis sensisse testatorem: ut in aliis rebus omnibus ad voluntatem defuncti pertinentibus a veteribus factum videmus. *L. cum proponebatur*, *D. de leg.* 2. *L. pater*, 101. in pr. §. 1. et deinceps, *D. de cond. et dem.* Quod et in hac parte juris auctores admiserunt. *L. cum res*, 47. in pr. *D. de leg.* 1. *L. sed etsi suscepit*, §. 1. §. 2. *D. de jud.* Sed hoc erat incertum, ubi verisimile esset voluisse testatorem fideicommissum præstari. Ergo in eo explicando versata est veterum opera, idemque et rescripta Imperatorum apertius constituerunt. Summa autem definitionis, ad quam et constitutiones de superioribus locis, et responsa veterum referuntur, hæc est: videri testatorem in re dubia voluisse ibi præstari fideicommissum, ubi heres quam facillime et quam minimo incommodo suo potest præstare: nisi quo alio revocet proclivior conjectura voluntatis. Conjectura hinc ducta, quod dum præstetur quod legatum est, de reliquo in sublevandis, quam in onerandis heredibus faciliores sunt defunctorum voluntates: ut bene de judicio testatorum erga heredes suos scripsit Papinianus in *L. unum*, 67. §. *si rem*, *D. de leg.* 2. Hinc omnis pendet distinctio veterum de superioribus locis: ut partes divisionis sigillatim expositæ liquido demonstrabunt.

VI. Distinctio [2] hæc est: Interest ad eam petitionem quam quærimus, utrum res et speci-

1) Objicit Vult. *ad L. un. C. Ubi fid. pet. n.* 17. ex hac voluntate locum petendi æstimari non debere. Neque enim si hoc loco solvi voluit defunctus, eodem etiam peti voluisse censendus, cum alibi peti, alibi solvi possit. Resp. Sed apparet Donellum hanc voluntatem colligere ex eo quod commodum heredi futurum. Si itaque intersit heredis eo potius loco peti legatum, ubi res est, et ubi prestanda, utique eodem loco etiam agi ubi defunctus voluit.

2) Accurs. et DD. *ref.* Vult. *ad d. L. un. n.* 8. distinguunt, ita ut actio personalis intentetur vel in domicilio rei, vel ubi major pars hereditatis, per *L.* 50. *h. t.* Realis in his etiam locis, et præterea ubi res sita *L.* 38. §. *ult. L.* 52. §. 3. *h. t.* Bald. *in L.* 38. *h. t.* Sed de reali actione hic Donellus noster non tractat, sed *infra Cap.* 17. Duar. *ad tit. de judic. Cap. de Foro comp. cir. med.* Actori electionem tribuit, ut vel in domicilio agat vel loco rei sitæ; ita tamen, ut si major pars hereditatis, ibi non sit ubi heres convenitur, revocari ad eum locum possit, nisi liqueat testatorem certo loco præstari voluisse. Vult. *ad d. L. un. n.* 18. accusat indiligentiam compositorum, qui hanc quæstionem ita explicatam reliquerint, ac si veteres differentiæ legatorum et fideicommissorum sublatæ non essent. Quare sic statuit *n.* 27. *et seq.* Tractari in *d. L.* 38. tantum de legato vindicationis per *versic. ult.* nec ibi quæstionem esse, ubi peti res debeat, sed ubi solvi. Eam decidi ex genere actionis intentatæ, quæ si personalis, etiam alibi, quam ubi actum est, dari, si videlicet alibi sit, nisi dolose eo translata. Sin realis ubi actum est, quia nec agi alibi potuerit, tempore Licinnii, quam loco rei sitæ, licet postea id antiquatum fuerit. At in *L.* 50. *et* 52. *h. t.* tractari de fideicommisso, de quo olim nec realis, nec personalis actio, sed persequutio, intentanda vel ubi res erat *d. L.* 52. §. *pen.* vel in domicilio heredis *d. L.* 50. §. *ult.* vel ubi major pars hereditatis *d. L.* 50. *pr.* Ex mente autem Justiniani, legatis ac fideicommissis exæquatis, putat quo loco actiones de legatis olim institui poterant, eodem hodie posse de fideicommissis, et vicissim: ideoque tria fora hic esse: domicilii, rei sitæ, et hereditatis, electione actori data, non tamen promiscue, sed actionum distinctione servata. Ut in rem agi possit, loco rei sitæ, et præterea etiam hereditatis ac domicilii. In personam vero vel domicilii loco, vel ubi hereditas ejusve major pars. Quia hic locus (ait *n.* 32.) idem cum loco hereditatis aditæ; ubi enim est hereditas, adiri censetur. Proinde ibi quasi contrahitur, indeque forum. Idem *n.* 38. reprobat Donelli sententiam de re certa actione personali in loco rei sitæ petenda, quia in personali actione non res spectatur, sed persona obliga-

cies certa legata sit, an vero incerta. Res certa, ut Stichus, ille bos, pecunia quæ est in illa arca, vinum quod est in illa cella, frumentum quod est in illo horreo. *L. plane*, 34. §. *sed si non*, *D. de leg.* 1. Res incerta, ut quantitas, seu quæ pondere, numero, mensurave continentur, puta centum aurei, centum modii frumenti, decem dolia vini. *d. L. plane*, §. *sed si pondus*, *de leg.* 1. *L. quod legatur*, *D. de jud.* Si res certa legata fideicommissa sit, placet ibi dari debere, ubi est, etiamsi alibi petatur. *L. quod legatur*, *D. de jud. L. cum res*, in pr. *D. de leg.* 1. Nempe ideo, quia ibi commode præstari potest ab herede, ubi est: qui si alibi eam præstare cogatur, non possit sine molestia transferendi et sumptu. Jam autem diximus voluntatem hanc esse solere testatorum, ut res isto modo præstentur sine incommodo heredum. Videamus de petitione, ubi ea institui debeat. Et si nobis constare volumus, sequitur, ut ibí quoque contraxisse videatur heres, ubi res est, de qua agitur; postquam et ibi solvi debuit. Cui rursum consequens est, ut et de fideicommisso eodem in loco agi debeat. Num ergo et eodem in loco hæc petitio admissa est? Omnino: idque ita traditum in *L. sed etsi suscepit*, §. *ult.* vers. *si ea res*, *D. de jud.* ut hic quoque omnia ut voluntati defuncti ita et superiori tum definitioni, tum juri consentanea agnosci possint.

VII. Sed de petitione dissentire videtur, quod non uno in loco de specie certa legata legimus, hanc alibi peti posse, quam ubi est: tametsi petita ibi dari debet, ubi est, ut *L. quod legatur*, *D. de jud. d. L. cum res* in prin. *D. de leg.* 1. Et ne alium istum locum intelligamus eum, ubi heres domicilium habet; etiam rem certam ibi peti posse, ubi est major pars hereditatis, quanvis res alibi sit, satis intelligitur ex *d. L. sed etsi suscepit*, §. *ult.* vers. *si ea res*, *de jud.* Si res certa potest ibi peti, ubi major hereditatis pars est, ideo potest, quia et testator ibi peti voluit, neque enim peteretur contra testatoris voluntetem. Ergo ideo, quia testator ibi præstari voluit, ut sic videatur ibi ab herede contractum, ac propter contractum, ibi petere liceat. An non igitur hæc contraria sunt, testatorem voluisse ibi præstari, et peti, ubi major hereditatis pars est, et simul voluisse præstari et peti alibi? Non sunt. Nam testator qui heredi in loco præstandi legati consultum voluit, quemadmodum voluit speciem legatam præstari, ubi est pro commodo heredis; ita voluit et ibi, ubi est hereditas, aut major pars hereditatis, si heres existimet ibi se majorem præstandi facultatem habere, quia ibi plus possidet. Hac de caussa etiam de specie certa legata illic agi potuit: sed ea lege, ut si heres existimet se facilius præstare posse, ubi est, non [3] alibi præstare cogatur ex eadem voluntate testatoris, nec de ea re alibi litigari cogatur. Quod tamen dicimus rem certam legatam ibi dari debere et peti posse, ubi est: sic accipiendum est, nisi dolo malo translata sit alio ab herede. Quo casu placet ibi dandam, ubi petitur. *d. L. quod legatur*, *de jud. d. L. cum res*, in pr. *d. de legib.* 1. Dolus enim facit, ut perinde habeatur, quasi tes eodem in loco esset, in quo prius. *L. dolo*, *L. partem*, *D. de reg. jur.* Et quoniam non est, res eo redit, ut heres doli nomine in æstimationem rei, quæ nusquam est, condemnari debeat. Quæ ratio indicatur in *d. L. cum res.*

VIII. Quod si res incerta legata erit, ita sunt constitutiones, ut quoniam res nullo certo in loco est, fideicommissum ibi peti oporteat, ubi relicta hereditas est, si quidem uno in loco sit tota. *L. unic. C. ubi fid. pet. op.* Si in diversis, ut ibi peti debeat, ubi est major pars hereditatis. *L. si fidecommissum*, in pr. *D. de jud.* Quorum utrumque ex eadem conjectura voluntatis natum et constitutum esse apparet. Nempe his locis fideicommissum præstari voluit testator: et voluisse inde intelligimus, quia in his facilius potuit rem expedire, heres in quibus plus habuit, unde solveret. Unde tanquam obligatione in locis contracta secundum jus perpetuum ibi rem peti oportuit.

IX. Major pars hereditatis ubi sit, interdum

ta. variationemque ejus arguit, qui *d. L.* 52. §. 3. modo accipiat de actione personali, ut hic, modo de reali ut *infra C.* 17. (in quo Donello injuriam facit) cum ex mente quidem Ulpiani neutra intelligenda sit, sed persequutio extraordinaria. Hæc sententia Vulteii paucioribus expressa. Quam pluribus examinare supersedeo, lectori judicium reliquens. Oscitantia compilatores juste hic argui mihi vix probabile est. Satisque fere expedite in hac quæstione se explicare noster videtur. Sane Hotom. 3. *Obs.* 7. accipit *L.* 50. *pr. h. t. et d. L. un. C. Ubi fid. pet.* de fideicommisso universali, quod solum loco hereditatis peti debere sentit reliquas vero leges de particulari. Atqui ex conjunct. LL. apparet de eodem fideicommisso loqui *d. L.* 50. de quo sermo est, in *L.* 52. quæ ex eodem libro, etc. Zoanct. *Rer. Quotid. Cap.* 15. ita demum in loco majoris partis hereditatis conveniri heredem, si et ibi reperiatur. Quod consequens est illi vulgatæ DD. opinioni, de qua *C. præc. Not.* 6.

3) Quare in domicilio conventus poterit revocare ad locum majoris partis hereditatis, et vicissim hic conventus ad locum domicilii, ut probat *L.* 50. *pr. junct.* §. *ult. hoc tit.* itemque *L.* 55. §. 3. *hoc tit.* ubi, quia quando loco rei sitæ agitur, revocatio negatur, eo ipso si alio loco ageretur, puta domicilii, præscriptionem audiri innuitur. Quocirca hoc casu, contra quam alias *infra C.* 19. electio non erit actoris, ut Vult. *ceu non præced.* sed rei, etc.

dum propter jus alienum quæritur. Sic definiemus, ibi majorem partem hereditatis esse intelligi, ubi plus est honorum hereditariorum nullo ære alieno detracto, quanvis ibi contractum fuerit; nisi ad id præstandum destinata sint ejus loci bona, quæ summa est *L. si fideicommissum*, §. 1. *D. de jud.* Id sic explicandum est: Defuncti hereditas duobus in locis fuit, Antuerpiæ et Coloniæ; illic bona ad tria millia, hic ad duo millia. Sed Antuerpiæ æs alienum contraxerat testator ad duo millia; ut si his deductis bona ejus loci æstimentur, superfutura sint tantum mille, proinde et illic hereditatis pars minor. Quæritur, utro in loco velimus majorem partem esse hereditatis. Dicemus Antuerpiæ, ubi plus est rerum hereditariarum. Nihil ad rem pertinere æs alienum ibi contractum. Non enim si ibi contractum est, ideo est æs alienum illius loci, sed totius patrimonii. Eleganter Ulpianus; *æs alienum*, inquit, *totius patrimonii minuit, non certi loci facultates*. Hoc in *d. L. si fideicommissum*, §. 1. *de jud.* Plane si æs alienum ita sit constitutum, ut ad id præstandum certi loci prædia destinata sint, ex quibus solis id præstari, debeat: puta, si destinata sint alimentis præstandis, vel tributis, vel aliis oneribus publice privatimve a domino impositis: scribit *ibidem* Ulpianus præscriptionem locum habere, quasi non hic ubi plus est rerum hereditariarum, sed alibi major sit pars hereditatis. Et hoc sentit videlicet, his oneribus detractis æstimandas res his oneribus præstandis destinatas; ut si oneribus deductis reperiatur in eo loco, ubi res sunt, minor pars hereditatis esse, ibi et minorem partem esse, judicari debeat, quo ad alium locum, ubi major pars est, revocetur. Et merito: sic enim onera esse incipiunt propria earum rerum quibus sunt imposita, non jam totius patrimonii.

X. Hæc de loco ubi est major pars hereditatis hactenus vera sunt, nisi ad eum locum ubi minor pars est, revocet eadem voluntas testatoris id agentis, ut ibi præstetur, eoque et petatur fideicommissum pro commodo legatarii. In quo rarsum commutata voluntas loco et petitioni legem dabit. Ac colligitur in eo mens testatoris tribus his ex rebus: alias ex consensu heredis; interdum ex genere rei legatæ; nonnunquam ex conditione fideicommissarii.

XI. Ex consensu heredis; si quo modo declaravit se consensisse, ut ibi fideicommissum daretur, ubi præscriptione tutus non cogebatur judicium suscipere; id est, ubi est minor pars hereditatis. Placetque videri heredem consentire in eam rem tribus modis. Uno, qui dubitationem non habet, si aperte consenserit. Altero si ibi cœperit fideicommissum solvere. Tertio, si ibi suscepit actionem fideicommissi, et aliis defensionibus usus, eam præscriptionem, qua uti, et alio revocare poterat, omisit totidemque modis accidit, ut existimetur heres amissa superiore præscriptione, etiam ibi de fideicommisso judicium pati debere, ubi minor hereditatis pars est. Hæc in *L. si fideicommissum*, in fin. *L. quanvis. L. sed etsi suscepit*, in princ. *D. de jud.* In quibus illud dubitationem habet, quod dicimus de consensu, si consenserit heres, ut ibi petatur aut solvatur fideicommissum, ubi minor pars est hereditatis, ibi se de fideicommisso defendere debere, qui prius sine consensu non cogebatur. Hic non temere contrariam esse quis existimet *L. si convenerit*, *D. de jurisdict.* ubi hæc sententia est, conventione extrajudiciali effici non posse, ut qui alicubi conveniri jure non poterat, ibi cum eo judicio agi possit, si priusquam ad judicem veniretur, voluntatem mutaverit. Sed nihil hic contrarium. Quod enim heres post consensum cogitur se ibi defendere, ubi est minor pars hereditatis, non fit sane sine ejus consensu: veruntamen, ut ita cogatur, non efficitur ea conventione, sed voluntate testoris hunc consensum confirmante, ac propter testatoris voluntatem jure. Hæc namque voluntas facit, ut dum ibi conveniatur heres, recte dicatur conveniri in eo loco, ubi pecunia ex voluntate defuncti solvenda fuit; ac proinde ubi contractum est. Id autem jus confirmat. Porro esse et hoc ex defuncti voluntate, sic potest intelligi. Est enim primum in judicio et sensu testatoris, ut præstetur ibi fideicommissum, ubi commodum est heredi, nempe ubi est hereditas, aut major pars hereditatis, si modo hoc heres velit. Proximum, ut si non est incommodum heredi, ibi præstetur, ubi expedit fideicommissario, cui secundum heredem testator consultum voluit.

XII. Ex genere rei legatæ intelligitur eadem voluntas testatoris, si pecunia lugata est ad eam rem emendam parandamve, quæ solum recte eo loco præstatur, ubi est minor pars hereditatis. Quam ad rem utitur Ulpianus hoc exemplo in *L. sed etsi suscepit*, §. 1. *D. de jud.* Testator libertis suis tesseras frumentarias emi voluit. Dicendum est, inquit, quanvis major pars hereditatis in provincia sit, tamen Romæ debere fidecommissum solvi: cum appareat id testatorem sensisse ex genere comparationis. Recte ex genere

re comparationis. Nam et frumentum e publico solum concedebatur Romæ civibus, et jus percipiendi solum per tesseras, quæ distribuebantur iis, qui accepturi erant, significabantque, quibus et quantum frumenti liceret petere: quibus deinde exhibitis apud eos qui frumentum publicum dividebant, tantum frumenti accipiebant cives, quantum tesseræ indicabant. Sed et hæ tesseræ accipiebantur tantum Romæ. Percipiebantur enim a præfecto annonæ: atque is tantum erat. Testis Justinianus in *Novel de deposito*, 88. §. 1. Erant autem hæ tesseræ exigua fragmenta vel chartæ, vel ligni, vel plumbi certa nota impressa, quæ symbolum contineret judicum ejus facultatis, ad quam demonstrandam tesseræ erant destinatæ. Ex his apparet solum Romæ tesseras sumi potuisse ad frumentationem. Quod autem Ulpianus de his emendis testatorem cavisse proponit, significat eas tesseras etiam vendi, et ad alium transferri potuisse ab his, quibus pro beneficio datæ erant: ut ad quos illæ pervenissent, hi uti possent eodem jure frumentationis. Huic loco magnam in primis lucem attulit erudita et diligens commentatio Lipsii nostri, quæ de frumentatione apud Romanos, et rebus ad eam historiam pertinentibus, et in hac de ipsis tesseris frumentariis [4] extat *lib.* 1. *Electorum Cap* 8.

XIII. Ex conditione fideicommissarii eamdem voluntatem conjicimus, si qua summa legata sit ei, qui propter munus publicum et dignitatem quam sustinet, consistere cogatur eo loco, ubi defunctus reliquit minorem partem hereditatis, et ibi tantum sit, quantum sufficiat ad legatum præstandum: veluti, si legatum esset olim Romæ senatori. Et de hoc ita sentit Ulpianus, licet major pars totius patrimonii in provincia sit, dici oportet Romæ esse præstandum: hoc in *d. L. sed etsi suscepit*, §. *ult.* de jud. *Nec enim verisimile est*, inquit, *testatorem qui honorem habitum voluit his quibus reliquit*; *tam modica fideicommissa in provincia præstari voluisse.* Prohibet honos muneris, ne cogantur moveri loco tam procul ad persequenda modica fideicommissa, quæ nullo negotio his præstari poterant, ubi degebant.

XIV. Quæ cum ita sint, apparet congruere per omnia eam sententiam quam supra posuimus, cujus hæc est summa; de legatis et fideicommissis siquidem extra domicilium heredis agitur, solum recte agit, ubi de his rebus heres obligationem contraxit. Sed contraxisse eum intelligi, non ubi adivit hereditatem, sed ubi testator fideicommissum præstari voluit. Hoc si certum sit, sine hæsitatione sequendum esse. Si incertum, explicandum fuisse, in quo fuit veterum labor. Videri autem testatorem in re dubia voluisse fideicommissum ibi præstari, ubi quam commodissime ab herede præstari potest. Ex quo illa, et quæ de specie præstanda ubi est; et quæ de pecunia ac re incerta solvenda, ubi est major pars hereditatis, diximus. Et hoc tamen ita, nisi quæ conjecturæ voluntatis alio revocent, ut potius videatur testator in eo loco, ubi est minor pars hereditatis, legatario præstitum eique consultum voluisse: quod quibus in caussis accidat, modo diximus. Hinc illa varietas locorum, quibus fideicommissum præstari et peti debere placet. Sed ita varietas, si ipsa per se loca spectentur, non si caussa petendi. Quæ si spectatur, in omnibus una est voluntas testatoris. Unde evenit, ut et in universa hac petitione semper efficiatur locus unus ubi contractum sit: nempe is, de quo pro circumstantiis sensisse testator probatur.

CAP.

4) Vide Sueton. *in Nerone C.* 11. Turneb. 19. *Advers.* 14. Robert. 3. *Sent.* 26. *S. ult.* Scip. Gentil. *de Alim. Cap.* 14. Marc. Vertran. Maur. *de Jure lib. Cap.* 16.

CAP. XVI.

Ubi de maleficiis & criminibus agi oporteat.

Obligatus crimine iisdem locis defendi debet accusatus, quibus ex civili caussa obligatus. I.

Reus tamen criminis ibi accusari, damnari, et puniri potest, ubicumque reperitur. II. IV.

Contraria Accursii et aliorum opinio refellitur. III. V.

Quæ sit caussa ita de reo statuendi. VI.

Si reus absit, Magistratu loci, in quo crimen admissum, desiderante, ad eum remitti debet; et quatenus. VII.

Etiam si fuerit accusatus apud alium Magistratum, et ab illo damnatus. VIII.

Quando reus ab judice loci, in quo deliquit, auditus remittatur ad judicem domicilii: et quatenus. IX.

I. QUæ contractuum et reliquarum obligationum caussa est, cum de reo alicubi conveniendo agitur; eadem est per omnia et maleficiorum, si in his [1] civiliter agitur, id est de privato damno, et pecunia, quam inde debitam actor prosequatur. In criminibus caussa nonnihil dissimilis. In criminibus, id est, in maleficiis quidem, sed in his quatenus vocantur in crimen; seu quatenus de his agitur criminaliter ad pœnam et vindictam criminis. Et in summa caussa nonnihil dissimilis in accusationibus maleficiorum, non in privatis maleficiorum actionibus. Hoc convenit cum actionibus privatis, quod quibus in locis conveniri potest ex obligatione privata is, qui contraxit, quibusque in locis subjicitur jurisdictioni magistratus: iisdem in locis et accusatus criminis se defendere cogitur tanquam qui delicto contracto se eo nomine Reipublicæ obligarit. *L. 1. D. de legib.* Diximus, si cum volente reo agatur, in consentientem reum qui se jurisdictioni subjiciat, cujusvis judicis jurisdictionem fore. *L. 1. D. de jud.* Sin agatur adversus invitum, diximus invitum quemque duobus locis conveniri posse, appellatum ibi se defendere debere, ubi domicilium habet, et ubi contraxit. *L. heres*, §. 1. §. *ult. D. de jud.* Servantur hæc eadem loca et in criminibus, atque accusationibus, etiam si publicum crimen in his versetur. Primum si quis aliquo in loco accusatus absens, cum defugere posset jurisdictionem, ultro illic cœperit agere, seque defendere; placet illic in [2] con-

1) Vult. *ad L. 1. C. Ubi de crim. n.* 4. *et* 5. ideo de persecutione civili nihil agi, scribit, *in ti. C. Ubi de crim.* quod ibi eadem regula sit de foro domicilii et contractus, qui generaliter delictum continet. Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 4. *n.* 104. *et C.* 8. *n.* 105. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 79. qui bene hoc declarat, ut tamen in delictis privatis distinctioni illi, quæ in contractibus obtinet, num advenasit et viator qui deliquit, locus non sit.

2) Sic vulgo tradunt jurisdictionem etiam in criminalibus, seu caussis meri imperii prorogari posse, modo tamen is judex alias et inter suos subditos de illis caussis cognoscere possit, Bert. *ad L.* 1. *de judic. n.* 9. Quæ sententia etsi communis Gail. 2. *de Pa. publ.* 12. *n.* 10. Decian. 4. *Tr. Crim.* 23. *n.* 2. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 30. veritati theoricæ non convenit, ut recte Vult. *ad L.* 1. *Cod. de jurisdict. n.* 80. *et n.* 155. *et ad L.* 1. *C. ubi de crim. agi n.* 30. Bocer. *de Jurisdict. C.* 7. *n.* 23. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict. C.* 18. *n.* 56. *et C.* 24. *n.* 3. P. Thehodoric. *Disp. crim.* 3. *Th.* 2. *lit B.* Quia criminalis jurisdictio, quam vocant, et merum imperium solum speciali concessione legis competunt, *supra C.* 8. *N.* 36. nec magistratus proprium est, sed legis, nec quisquam amplius in eo habet, quam ei tributum, nec verum illius prorogationis vestigium ullibi extat. Denique quæ mandari nequeunt, nec prorogari; ne privatis concessum sit, quod non est magistratibus, ad *d. L.* 1. verbis *ubi inchoata.* Resp. Vultei *ibid.* n. 32 ea accipienda esse de judice competente, coram quo si accusatio ita instituta, ut lis sit contestata, tunc reum non amplius habere jus impetrandi rescriptum a principe, quo caussa ad cognitionem principis evocetur. Deinde *n.* 33. Resp. Cum remissio fieri debeat, ita eam faciendam per dicta verba innui, modo lis non dum contestata sit, re adhuc integra. Postea enim judicii acceptione quasi contractum esse. Neutra responsio convenit. Prior namque dura nimis et inconveniens; posterior juri non consonat, quo remissioni locus est etiam, imo post condemnationem, ut *infra N.* 11. Sed et neutra necessaria. Quamquam enim illa verba de instituta accusatione, potius quam de delicto inchoato alibi, alibi consummato accipienda daretur, (quod haud absurde negat Wes. *in L.* 1. *n.* 3. intelligens inchoata, seu incepta delicta, quæ alibi perfecta. Quod enim ubi agi cœptum est, caussa terminanda, fit ratione litis penden-

consentientem esse jurisdictionem, ibique eum ad extremum se defendere debere. Id enim est, quod dicitur in *L. 1. C. ubi de crim. ag. opor.* quæstiones eorum criminum quæ legibus aut extra ordinem coercentur, perfici debere etiam ibi, ubi inchoata sunt; intellige crimina, id est, ubi cœptæ sunt aut adversus invitum, aut adversus volentem criminationes, seu accusationes: quo sensu dici constat inchoatum adversus aliquem crimen, in *L. adulteram, C. ad leg. Jul. de adult.* ut appareat, quod dicitur, ubi cœptum est semel judicium, ibi et finem accipere debere, de quo postea: *L. ubi, D. de jud.* non minus ad judicia criminalia, quam ad civilia pertinere. De domicilio adversus invitum jus idem. Placet et de crimine agi posse, ubi reus [3] domicilium habet. Sic enim de plagio scriptum est in *L. 2. C. ubi de crim. agi. op.* ubi is qui plagii crimen commisit, degit, ibi competentem judicem de crimine cogniturum: ubi degit, id est, ubi domicilium habet. *L. unic. C. ubi de her. aga.* Et quod dictum est in una specie criminis, id in omnibus intelligendum est. Et sane si forum est cujusque, ubi domicilium habet, *L. 2. C. de Jurisd. omn. jud.* si ad jurisdictionem judicis pertinet, qui ex territorio ejus est; nihil habet criminis reus eo loco conventus, quo detrectet jurisdictionem judicis intra territorium et jurisdictionem suam jus dicentis. *arg. in L. ult. D. de jurisd.* In primis autem juris est minime controversi, ubi est commissum crimen, ibi accusatum reum [4] se defendere, et quæstionem criminis perfici debere. *L. 1. auth. qua in provincia, C. ubi de cri. L. si cui, §. pen. L. ult. D. de accus.*

II. Hucusque ergo, ut dixi, in obligatione delicti contracta, cum de maleficio agitur, convenit civili judicio cum criminali. Duo sunt criminis, sive judicii criminalis propria: propter quæ facere debuimus in hac sortitione jurisdictionis, quæ propter obligationem contractam contingit, ut hoc genus separatim attingeremus. Primum illud proprium, quod cum in caussis pecuniariis et civilibus nemo ideo solum alicubi conveniri possit, quia ibi reperitur, sed ita demum, si aut ibi domicilium habeat, aut etiam ibi contraxerit: in criminibus contra receptum est, ut quibus in locis [5] reperitur reus criminis, ibi accusatus caussam agere cogatur, ibi et damnari possit, et de damnato supplicium sumi pro jurisdictione magistratus. Id non obscure significatur in *L. 1. C. ubi de crim. agi. opor.* cum illic jubentur criminum quæstiones, non solum ubi commissa sunt vel inchoata crimina, sed etiam ubi [6] reperiuntur, qui perhibentur rei esse criminis. Nam quæ alia significatio horum verborum esse potest?

III.

tiæ, de qua *d. L.* 1. non agitur, neque in eo quidquam delictorum proprium) non ideo tamen remissionem inhiberent, non magis quam illa, quæ sequuntur, *vel ubi reperiuntur.* Sed neganda est consecutio. Ubi judicium criminale cœptum est, ibi perfici debet. Ergo, sive cœptum sit contra invitum, sive contra volentem. Hæc enim ratio petit principium, quia hoc inferri debuit, non pro certo sumi, quod contra volentem æque ut judicium civile inchoari possit, etc. Enim vero contra opinio, quam usus servat, declarari solet. (1) Ut qualitas caussarum specialis, non generalis requiratur, Vult. *ad L. 1. C. de jurisd. n.* 110. Quare qui de levioribus criminibus solum inter suos cognoscit, de caussis sanguinis et gravioris animadversionis inter alios non cognoscet Paurmeist. 1. *de Jurisd.* 25. *n.* 39. (2) Ut non procedat in casu inquisitionis, Decian. *d. n.* 2. Bocer. *d. n.* 23. Paurmeist. *d. n.* 39. Merito quia ad prorogationem omnem consensus utriusque litigantis necessarius. Hic vero accusator verus deficit. Addunt (3) Ut sponte et sciente fiat. Sed in eo nihil peculiare, sed omni prorogationi commune.

3) Clar. 5. *Sentent. §. fin. Q.* 39. *n.* 3. Num vero judex domicilii possit ex officio per inquisitionem procedere contra reum de delicto alibi commisso? vid. Decian. 4. *Tr. crim.* 16. *n.* 2. Farinac. *Q. crim.* 6. *n.* 23. Covar. *Pract* QQ. 11. *n.* 6. Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 30. *n.* 12. Coler. *Decis.* 239. *P.* 2. Fach. 9. *Contr.* 20. Knich. *de sublimi territ. Jure C.* 3. *n.* 420.

4) *L. 11. de custod. reor. L. 3. de off. præs. L. ult. de noxal. act.* Quod et in militibus obtinet *d. L. ult. de accus. L. 3. pr. de re milit.* ita tamen ut *h. C. in fin.* ac clarissimis personis *L. 1. C. Ubi Senat. vel. clar.* Et hic locus maxime proprius ac principalis, Vinc. de Franc. *Decis.* 37. *n.* 1. cum exemplo terrendi sint alii, ut abstineant: quod exemplum alibi non ita commodo statui potest, Vult. *ad L. 1. C. Ubi de crim. n.* 13. *et n.* 22. ubi reliquos locos accessorios appellat, et quasi fortuitos. Neque enim, ut idem *n.* 35. concurrens horum judicum jurisdictio, quia judex loci alterius cogitur remittere ad judicem loci delicti. Conveniri vero hoc loco potest, etsi nec bonorum, nec domicilii respectu judici subjectus sit. Et sane si in territorio citatione apprehensus, aut si illa, priusquam inde aufugit, exiit, potest deinde contra absentem quoque procedi ad effectus contumaciæ, etiam in persona, Decian. 4. *Tr. crimin.* 18. *n.* 1. Wes. *ad L. 1. C. d. t. n.* 2. Matth. Steph. 1. *de Juisdict.* 30. *n.* 23. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 50. *n.* 10. Sin minus, nec ibi domicilium habeat, tantum contra bona illius procedi potest, nihil vero in personam decerni, Matth. Steph. *d. loc.* et Rauchbar. *n.* 12. Nam ut citatio realis, captura scilicet fieri nequit in alieno territorio, ita nec verbalis, *Clem. pastoralis de re judic.* Nisi per subsidium juris requisitus judex loci, ubi degit. Nam si ab hoc jussus comparere coram illo non pareat, potest ab eodem, suo nempe judice, contra eum procedi etiam quoad personam. Quod si is remissionem (quæ hodie necessitatis non est ut *infra N.* 9.) recuset, non potest ille procedere contra personam absentis, Wes. *d. n.* 2. Quoad effectum vero missionis in possessionem bonorum ibi existentium, non requiri subsidiariam citationem, statuit contra Coler. *d. C.* 1. *n.* 38. *et seq.* Rauchb. *d. Q.* 50. *n.* 48. Quis vero locus delicti habeatur, an quo perfectum et consummatum ac in specie in homicidio, num ubi cædes facta, an ubi mors sequuta, et quid si delictum in confinibus admissum, quis tunc competens, vid. Decian. 4. *crim.* 17. *n.* 6. *et seqq.* Farinac. *Pr. crim. Q.* 7. *n.* 44. *et seqq.* Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 89. *et seq.* Bocer. *de Jurisd. C.* 9. *n.* 12. *et seq.* Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 30. *n.* 35. *et seqq.* Petr. Theodoric. *Disp. crimin.* 3. *Th.* 3. Quia enim hisce libris de criminibus, universoque jure publico, nihil principaliter docere institutum est, hæc non persequor.

5) Vultei. *in d. L. 1. C. Ubi de crimin. n.* 11. Triplex, ait, locus est ubi de crimine agi potest (1) Delicti commissi (2) Ubi judicio agi cœptum (3) Ubi reus reperitur, et Wes. *ad d. L.* 1. *n.* 2. Quas tres caussas fori fortiendi refert. Azo in summa *d. t. C.* Sed Decian. 4. *Tract. crim.* 3. *n.* 2. longe plura ad hoc considerari debere docet, tum in persona accusatoris, rei judicis, tum in delicto ejusque qualitate, denique in judicio ipso, vel caussa qua agitur, quem adi.

6) Ita et de loco indefinito, seu quocunque interpretati ea verba quidam veterum, teste Azone, et probat Cujacius *in Par. C. d. per L. 1. C. Ubi quis de Curiali vel cohort.* et consentit Paurmeist *Lib. 2. de Jurisdict. C.* 4. *n.* 105. *et C.* 8. *n.* 104. Vult. *in d. L. 1. n.* 40 testans ita usu servari, etsi communiter ita restringat, modo domicilium ibi habeat, unde tamen excipiunt vagabundum, *ibid. n.* 37. *et seqq.* Ac *n.* 41. studiosum quoque in loco studii de crimine alibi commisso recte conveniri concludit, in quo diff. Rebuff. *Privil. Schol.* 123.

III. Sed hanc interpretationem non fert illic Accursius, non ferunt etiam alii interpretes hunc secuti, et nominatim Bartolus: dum hoc statuunt, neminem sontem extra eum locum, ubi crimen admisit, alibi conveniri aut accusari posse, ut quidem se illic defendere cogatur, quam ubi domicilium habet. Moventur scilicet *L. in criminali C. de jurisd. omn. jud.* ubi ita nominatim cautum est, ut in criminali negotio rei forum accusator sequatur. Est autem, inquiunt, forum rei, ubi is domicilium habet. Cui congruit, quod traditur in *L.* 2. *C. ubi de crim.* ibi criminis caussam cognosci, ubi reus degit. Et cum illis opponuntur verba superiora *d. L.* 1. *C. ubi de crim.* non dubitat Accursius, et cum Accursio reliqui sic interpretari: ubi reperiuntur rei, id est, ubi reperiuntur domicilium habere. Sed hoc quam recte, non difficile est cuivis judicare. Certe verba aperte refragantur. Quid enim, quæso, commune inter se habent hæ orationes; ubi reperitur reus, et ubi reperitur domicilium habere? Nihilo certe plus, quam si, ubi reus reperitur, interpretatur quis, ubi reperitur navigare, aut fodere, aut insulam ædificare. In summa nihil omnino: cum fieri possit, ut quis alicubi reperiatur, qui ibi domicilium non habeat: et contra ut alicubi domicilium habeat, qui ibi non reperiatur. Manet igitur ea significatio superiorum verborum, quam dixi, quæ mirifica ista interpretatione offendi non potest. Restat, ut de sententia ipsa videamus.

IV. Sed cur dubitemus eam admittere, quæ prius diserte expressa et constituta est in *L.* 3. *D. de offic. præs.* Sic enim illic scriptum est, in mandatis principum esse, ut curet is qui provinciæ præest, malis hominibus provinciam purgare; nec distingui, unde sint: ut purgetur malis hominibus provincia; quod non fit aliter, quam prehendendo, de accusatis cognoscendo, et judicando, sic deinde damnatis meritas pœnas irrogando. Cum autem additur, non distingui, unde sint: satis significatur, etiamsi non sint inde, ubi accusantur, sed alibi domicilium habeant: tamen ibi accusationem subire, et se defendere debere. Idem et de milite desertore, qui quid in provincia admisit, scriptum legimus in *L.* 3. in pr. *D. de re mil.*

V. Neque vero quidquam proponitur aliunde, cur hæc sententia mutari debeat. Traditum est in *L. in criminali, C. de jurisd.* in criminali quoque negotio accusatorem rei forum sequi debere. Nihil verius: sed in criminibus etiam forum rei est, ubi is reperitur, si et ibi accusetur. Non enim unus aliquis locus rei forum dicitur; sed omnis, in quo reus conventus appellatusve apud judicem ejus loci se defendere cogitur. Alioqui non recte ageretur cum reo in eo loco, in quo contraxit: sic enim diceretur actori non sequi eum forum rei. Nunc autem ibi recte agi constat, eoque et ibi forum esse rei, quod recte actor sequatur: non alia de caussa, quam quod reus ibi se defendere debet. Atqui didicimus ex *d. L.* 1. *C. ubi de crim.* reum non solum cogi se defendere de crimine, ubi admisit, sed etiam ubi reperitur: ubi reperitur, inquam, simpliciter omissa quæstione, unde sit: quod et apertius statuitur in *d. L.* 3. *D. de offic. præsid.* Sciamus igitur et locum ubi reus reperitur, ex superiore jure rei forum esse, ut cum ibi convenietur, recte dicatur accusator forum rei sequi. Atenim domicilium dicitur esse forum rei, *L.* 2. *C. de jurisd.* Et est sane forum ejus; sed unum e multis: unde et ibi accusari reum posse constat. *d. L. ult. C. ubi de crim.* At non [7] solum: alioqui, ut dixi, cætera loca non essent ejus forum: ut proinde ne ibi quidem se defendere cogeretur: quod secus est.

VI. Quæret ergo aliquis, quæ res, et caussa subjiciat sontem jurisdictioni ejus loci, in quo reperitur, si ibi neque maleficium admisit, neque domicilium habet. Dicemus utilitatem publicam et vigorem disciplinæ publicæ: qui commemoratur in *L. locatio*, §. *quod illicite, D. de publ.* Ea exigunt, ne maleficia sint impunita, et ut tranquillæ ac pacatæ sint provinciæ ab improbis et maleficis hominibus. *L. ita vulneratus, D. ad leg. Aquil. d. L.* 3. *de off. præs.*

VII. Alterum est criminum proprium, quod cernitur in eo loco, in quo crimen admissum est. Id autem tale est. Nam in cæteris actionibus ita unusquisque se defendere debet, ubi contraxit, ut non ideo tamen si absit, remittendus sit in eum locum, ubi contraxit. In criminibus contra hoc servatur, non solum ut alterius provinciæ reus apud eos accusetur, et damnetur, apud quos crimen contractum est; quod constat *L. ult. D. de accus.* sed etiam ut si reus abest, [8] desiderante magistratu ejus loci, in

7) Ita Vult. *d. n.* 40. regulam illam inde non vitiari, cum forum in criminalibus non definiatur domicilio, sed locis etiam aliis. Quin imo locus maxime proprius hic delicti commissi.

8) Petitio judicis delicti necessaria est ad necessitatem remittendi: ex urbanitate autem fieri potest, etsi non petatur, Covar. *Pract. QQ. C.* 11. *n.* 5. vers. *Quarto.* Toming. *Decis.* 5. *n.* 9. *et* 10.

in quo crimen admissum est, reus in eum locum remittatur. Idque ita transigitur, ut præses provinciæ, in qua delictum est, scribat ad magistratus ejus loci, ubi delinquens aut dilinquentes agere dicuntur, et desideret, ut hi ad se remittantur. Jubenturque ii, a quibus id desideratum est, reum cum persecutoribus remittere, idest, cum iis, qui reum deducant, et persequantur, ne aufugiat. De quo etiam veterum Imperatorum rescriptis cautum erat, ut declaratur in *L. soleat*, *D. de custod. et exh. reo*, *L. si cui*, *§. pen. D. de accus.* Sed [9] plenius postea et de eadem re constitutum est a Justiniano *Novel. ut nulli judicum*, 134. *§. si vero quis.* Cavit enim ut is præses, qui literas accepisset de mittendo ad se reo, eum prehenderet periculo suo, et cohortis suæ: prehensum transmitteret. Et pœnam adjecit tam adversus eum præsidem, quam adversus cohortem ejus, si per quem eorum factum esset, quominus prehenderetur reus, aut prehensum transmitteretur. Hoc tam multis constitutionibus cautum est, et a Justiniano sancitum tam diligenter, quia existimatum est ad utilitatem pubblicam pertinere, in sontes exempla publicæ vindictæ edi, ubi deliquerunt: fieri enim non potest, quin ibi maleficium fit cognitum. Idcirco publice utile est, ut qui admissum scient, cognoscant quoque ibi non fuisse impunitum: primum ut bonis satisfiat, qui vel facto, vel etiam improbo exemplo læsi erant, tum ut iis metus adimatur, quibus hunc incusserat rei audacia et improbitas. Postremo ut si qui improbi exemplo maleficii audaciores facti sint, cognito maleficii exitu [10] terreantur, et spe impunitatis adempta fiant in posterum ad injuriam tardiores. Quæ omnis ratio cum nullo modo attingat caussas, et actiones privatas, non mirum, si in his nullam ejusmodi remissionem in ea loca, ubi contractum est, juris auctores admiserunt, ut suo loco diximus.

VIII. Admonent autem nos superiorum constitutionem verba et ratio, non solum his locum esse rebus integris, idest tunc, cum postulatur sontis remissio, cum nondum apud alium magistratum accusatus esset; sed etiam tum, cum desideratur ab eo, apud quem de crimine jam agi cœperat. Plus dico, etsi reus jam ab eo [11] damnatus erat. Cum enim supplicii sumendi atque ita exempli ubi convenit, edendi caussa postuletur, hæc remissio, ut declaratur in *d. §. si vero quis*, *Novel. ut nul. jud.* dicendum est, quandiu huic exemplo locus supererit, isti quoque postulationi locum esse debere. *arg. in L. in omnibus caussis id observatur*, *D. de regul. jur.* Non adversatur huic sententiæ *L. 1. C. ubi de crimi.* qua cavetur quæstiones criminum ibi perfici debere, ubi inchoata est accusatio, vel ubi reperitur is, qui perhibetur reus criminis. Generaliter enim hoc scriptum est. Diversum cautum in ea specie, cum magistratus ejus loci, in quo crimen admissum est, reum ad se remitti desiderat, ut ibi in eum vindicetur legibus. Certi juris est, in toto jure generi per speciem derogari. *L.* in

9) De quibus remissionibus plenius Covar. *Pract. QQ. C.* 11. Tessaur. *Decis. Pedem.* 90. Marc. de Mantua *Singul.* 603. Decian. 4. *Tr. crim. C.* 9. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 150. Jo. Kœpen. *Q.* 43. Fachin. 9. *Controv.* 21. *et* 2. *seqq.* Plerique autem prodiderunt consuetudine necessitatem remissionum harum sublatam esse, easdemque arbitrii effectas et urbanitatis, ut loquuntur, cum gratificare quandoque hac re sibi invicem soleant magistratus jure amicitiæ, aut vicinitatis, sub antigrapho tamen (seu reversali) caveri postulantes remissiones istas jurisdictioni suæ fraudi esse non debere, Monach. *ad L. ult. de iurisdict. n.* 31. *et ad Rub. extra de foro comp. n.* 34. Wesenb. *in L. 1. C. Ubi de crim. n. 2. in fi.* Gail. *de Pa. publ.* 16. *n.* 31. Decian. *d. C.* 19. *n.* 11. Rauchb. *d. Q.* 50. *n.* 23. *et seqq.* Vult. *in d. L. 1. n.* 42. ubi notat rationem faciendæ remissionis cessare, quæ olim erat, quia omnes provinciæ uni Imperatori suberant. Hodie vero status unus non ita alteri devinctus. Paurmeist. 2. *de jurisdict.* 4. *n.* 106. *et C.* 8. *n.* 100. Matth. Steph. *de Iurisdict.* 30. *n.* 14. Tametsi Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 326. sine summa alienæ majestatis injuria, non posse principem unum, alteri subditum suum fugitivum denegare, scribat. Sane si uterque judex eidem principi subsit, nec requisito, superior requirens remissionum necessitatem facilius obtinebit. Quod ut in ditionibus Saxoniæ servetur, vid. Toming. *Decis.* 5. *n.* 4. Rauchb. *d. Q.* 50. *n.* 26.

10. *L.* 28. §. 15. *de pœn.* Et convenit judicem eum habere satisfactionem ac vindictam, cujus jurisdictio violata est *L.* 13. *de off. pras.* Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *C.* 6. *n.* 40. *et in Rub. extra de foro com. n.* 27. Et ut expiditior sit probatio cum facilius reperiantur testes in loco delicti commissi, Decian. *d. C.* 19. *n.* 8. cum et illos cum reis componi, seu inter se committi (confrontationem barbare appellant) necesse sit, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 326. Itemque ne offensus si cogatur litigare in alieno foro, impensis deterritus accusationem omittere, aut majori cum molestia prosequi teneatur, *Nov.* 69. *C.* 1. Covar. *d. C.* 11. *n.* 3. Denique sicuti solutio pecuniæ fieri debet ad locum destinatæ solutionis, ita solutio pœnæ destinata intelligitur ad locum sceleris admissi, Decian. *d. C.* 19. *n.* 8. Quare ubi contingit malum ibi moriatur *C. si peccaverit* 19. *C.* 2. *Q.* 1. et ibi vindicetur injuria ubi plectibilis est orta præsumptio, *C. si illic* 29. *Cap.* 23. *Q.* 4.

11) Ita Alex *in L.* 15. §. 1. *de re iud.* Fulg. *in L. 1. C. d. t.* ref. Covar. *Pract. QQ. Cap.* 11. Qui tamen dissentit, post plures alios, quos memorat, statuens remissionem cessare non tantum si condemnaverit judex de ea requisitus, sed etsi cognitione caussæ illum prævenerit. Et Wes. *in d. L. 1. n.* 5. remissionem ita in jure injungi si in loco delicti præventa sit jurisdictio per citationem, deinde reus aufugerit; alias, ait, certum est, posse etiam in loco domicilii, et ubi reus reperitur, agi. Atque ita hic multo adhuc arctius remissiones coercet. Sed et Decian. *d. C.* 19. *n.* 12. præventione excludi hanc necessitatem, probat. (1) Quia alias non recte diceretur, judicem domicilii posse cognoscere. (2) Ne concurrant tria specialia (1) ipsa remissio, adversa communibus juris regulis. (2) Quod non esset locus præventioni. (3) Quod sententiam ab uno latam invito eo, qui tulit, alter exsequi possit. Et Matth. Steph. *d. C.* 30. *n.* 15. quia magis expediat ut judex curet suam sententiam exsecutioni mandare, quam ut alii puniendum remittat. Vult. quoque *ad d. L. 1. n.* 32. lite contestata reum remitti necesse non fuisse, forte etiam non debuisse, quod a loco quasi contractus, qui fit judicio accepto, partibus invitis recedi nequeat. Qui omnes me a sententia Donelli nostri non dimovent. Et singulis satisfacere studerem, nisi prolixitatem nimiam vererer. Sane etsi mature postuletur remissio, summariam quandam caussæ cognitionem a requisito prius fieri debere rationis est, ne alias forte innocens in vinculis remissus famæ notam incurrat, Covar. *d. C.* 11. *n.* 8. Henr. Bover. *Singul.* 62. *n.* 1. arg. *L. ult.* §. 1. *de publican.* Decian. *d. C.* 19. *n.* 15. nisi, ait, delictum notorium aut fama vehemens.

in toto jure, *D. de regul. jur.* Quæ res facit, ut generale illud de perficienda quæstione criminis, ubi inchoata est, sic recte accepturi simus, nisi in eum locum, ubi reus deliquit, revocatur a magistratu ejus loci ad eam formam, quam ante ostendi.

IX. Interdum tamen accidit ut præses ejus provinciæ in qua delictum admissum est, non modo non reum qui alibi sit, ad se revocet: sed etiam contra præsentem prius a se auditum remittat cum [12] elogio ad eum, qui provinciæ præest, unde is homo est; sed hoc ex caussa faciendum est, inquit Celsus: hoc in *L. non dubium*, §. 1. *D. de custod. et exh. reor.* Quod eam vim habet, ut si alia non sit caussa, non possit præses id facere, nedum cogatur: Caussa autem videtur esse, si is qui deliquit, privilegium habeat proprii judicis, et reus eo revocet; delictum autem non sit ejusmodi, quod ad injuriam provincialium non pertineat, quodque in ea provincia magnopere animadvertendum videatur. Ut, si miles desertor sit, eum auditum ad suum ducem cum elogio præses mittet, inquit Modestinus: præterquam si quid gravius ille desertor in ea provincia, in qua repertus est, admiserit. Ibi enim eum plecti debere, ubi facinus admissum est, Divi Severus et Antoninus rescripserunt: hoc in *L.* 3. in pr. *D. de re mil.*

CAP.

12) Cum elogio: id est cum indiciis ac scripturis coram remittente factis, Decian. *d. C.* 19. *n.* 21. Et sic in Francia receptum notat Duar. *Tit. de Judic. Cap. de Foro comp. f.* 168. *in fi.* ut contra quam jure civili judex loci delicti ad judicem domicilii reum remittat. Quod et ex urbanitate fieri posse, scribit Decian. 4. *Tr. crim.* 19. *n.* 6. *et* 7. eum altera remissio ab hoc ad illum fiat ex necessitate, jure jubente. Quæritur, cujus sumptibus fiat remissio? Requirentis vult Decian. *d. C.* 19. *n*, 19. Marta vero *de Jurisd. P.* 2. 32. *T.* 50. expensis rei fieri sentit; et si is non solvendo, accusatoris, ultimo vero loco judicis requisiti, per *L.* 25. *in fi. pr. ad SC. Silan.* quæ hoc non probat. Et melius post alios distinguit Farinac. *Pr. crim. Q.* 7. *n.* 39. ubi vide et P. Theodoric. *Cisp. crim.* 3. *Th.* 3. *sub. fin.*

C A P. XVII.

Rem quoque quæ alicubi est, de cujus possessione aut proprietate agitur, subjicere unumquemque possessorem jurisdictioni ejus loci, in quo res est. Et simul ubi de possessione; ubi de proprietate actione in rem; ubi de hereditate agatur.

I. COnstituta sunt hucusque genera caussarum duo, quæ unumquemque conventum ex persona sua invitum subjiciunt jurisdictioni ejus judicis, apud quem agitur, eumque judicem competentem faciunt; domicilium in territorio ejus judicis constitutum, et obligatio ibi contracta: quo ex genere posteriore esse diximus et obligationes de fideicommissis, et maleficiorum atque criminum accusationes: in quem locum postremum oratio desiit. Tertium genus caussæ erat ex illis quatuor quas ante posuimus; res ipsa, de qua alicubi agitur.

II. Hæc quo in loco est, eodem in loco [1] subjicit possessorem jurisdictioni ejus loci; si tamen de ejus rei possessione aut proprietate agatur. Atque his in caussis singularis ista ob rem petitam subjectio est. Habet enim propria duo longe dissita a cæteris caussis. Unum, quod ubi res sita est, ibi de ejus possessione aut proprietate agi potest; quanvis qui convenitur, neque ibi contraxerit, neque ibi domicilium habeat. Alterum, quod non solum ibi agi potest, sed etiam debet, si reus ibi secum agi postulet: ut quanvis forte reus conveniatur, ubi domicilium habet, tamen si velit, recte revocet in eum locum, ubi res sunt, de quarum possessione aut proprietate agitur.

III. Ac primum de possessione sic statuatur, quocunque interdicto de ea agatur, id est, sive interdicto *unde vi* de recuperanda possessione, a qua vi dejecti sumus: sive *uti possidetis* de possessione retinenda, in qua turbamur; sive interdicto *quorum bonorum* adipiscendæ rerum hereditarium possessionis caus-

1) Quin ratione rei, etiamsi qui possidet honore superior, inferioris jurisdictionem subit, Monach. *d. C.* 6. *n.* 60. Eoque respectu subditum, quem tradunt, etsi regia dignitate emineat. Quanquam improprie subditus usurpatur, uti et improprie domicilium bonorum, Paurmeist. *Lib.* 2. *de jurisdict. Cap.* 8. *n.* 26. *et n.* 110. Cum aliud sit forum sortiri, aliud subditum esse, Gail. *de Pignorat. Observ.* 15. *n.* 3. Nam judex loci rei sitæ jurisdictionem habet supra rem, non supra personam, nec vel rapere potest, vel excommunicare non subjectum, Trentacinq. 2. *Pract. Resolut. Tit. de Judic. Resolut.* 4. *n.* 7. Ac imo nec domicilium semper subditum efficit, ut liquido probat P. Frider. *de Process. extrah. Lib.* 2. *C.* 46. *n.* 4. Quin nec si ratione eorum bonorum homagium præstitum sit, ordinariæ jurisdictioni eo socio tanquam subditum subiici contra, quosdam contendit Paurmeist. *d. lo. n.* 111. *et seqq.* Quare et Academicum ratione bonorum, quæ in loco studii possidet, coram loci magistratu de iisdem, ut et de præstatione tributorum ac onerum realium conventum, ad Rectorem revocare non posse prioribus consequens est, ut recte Vult. *ad L. un. C. I. quid. ca. mil. fori præscr. n.* 57. Quod in alienum sensum detortum capit Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. P.* 2. *C.* 10. *n.* 14. *et seqq.* tanquam inde sequatur academicos mercimonia exercentes immunitatibus suis non frui, quod ἀπροσδιόνυσον est. Et quia verius esse putat, Professoribus onerum etiam patrimonialium immunitatem jure tribui. Atqui hoc ita sit nec ne Vulterius nihil in neutram partem ibi definit, sed præsupposito eo bona oneribus subjecta esse, uti certe usus observat, vid. Toming. *Decis.* 55. quis judex sit decidit. Nam præsupposito quod sint immunes, nullus quæstioni locus.

caussa: in his omnibus caussis ibi certe de possessione [2] agi, ubi res sita est, de cujus possessione agitur. Addimus et illud alterum, etiam ibi agere debere, nec posse actorem alibi expediri recusante, et jurisditionem defugiente eo cum quo agitur. De recuperanda, et retinenda possessione scripta est *L. unic. C. ubi de poss. ag.* Sic enim verba sunt. [3] *Ubi vis facta est,* scilicet qua dejecti sumus de possessione, de qua recuperanda agimus; aut ubi momentaria *possessio postulata est;* intellige alia, quam ea unde dejecti sumus: nempe ea, in qua turbamur, de qua agimus*; ibi loci judicem adversus eum*, *qui possessionem turbavit*, *convenit judicare*. De adipiscenda possessione est in *L. unica*, *C. ubi de her. ag.* his verbis; illic, *ubi res hereditatœ sunt*, *heredes in possessionem rerum hereditarium mitti postulandum est.* Postulant autem id heredes, cum primum possessionem earum rerum adipisci volunt: quam ad rem comparatum est interdictum. Quorum bonorum. *L.* 1. *D. quor. bon.* Hic jam nobis verba superiorum rescriptorum observentur. Non enim dicitur, ubi res sunt, ibi de possessione agi posse*;* aut quod idem est, ibi de possessione conventum reum se defendere debere: quod quidem fieri posse et debere ex superioribus locis inter omnes convenit: sed dicitur convenire, id est, oportere ibi judicem ejus loci judicare: ibi in possessionem mitti postulandum esse: quæ verba non facultatis sunt, sed necessitatis ibi agendi judicandive tum actori tum judici impositæ. Hæc necessitas omnem alibi agendi facultatem actori adimit, repugnante et in eum locum revocante reo. Nam si liceret actori adversus invitum de possessione agere, ubi reus domicilium habet, quanvis res ibi sita non essent: falsum esset necesse esse ibi, ubi res est, caussam rei, aut posessionem postulari: cum hæ orationes pugnent inter se, [4] necesse esse agere alicubi de re aliqua, et liberum esse de ea ibi vel alibi agere. Hoc jure in possessione postulanda constituto, merito utriusque partis ratio requiretur. Nam primum quid habet situs rei, quod reum de possessione conventum subjiciat jurisdictioni ejus loci, ubi res, si ibi possessio solum est, non rei domicilium? Tum autem si reus alibi domicilium habet, cur ibi conventus pro perpetuo cæterarum caussarum jure non se ibi defendere cogatur? Et cum utrumque rationem cum caussa proprietatis communem habeat, ibi de utraque caussa in commune dicetur.

IV. De caussa ergo proprietatis videamus, et in hac agnoscamus eadem illa duo, quæ in possessione modo diximus; si tamen de proprietate rerum quæ alicubi sint, agatur, idest, rerum singularum. Alioqui generaliter de proprietate actio duplex est. Una de rebus singulis, specialiter dicta in rem actio: altera de universitate, idest hereditate, dicta ex re petitio hereditatis. *L.* 1. *L. in rem*, *D. de rei vind.* Et certe utraque res nostras propias

2) Diss. cum DD. electionem actori tribuentes Wes. *ad L. un. C. Ubi de poss. agi sub fin.* Suarzenthal. *Lib.* 1. *Pr. judic. C.* 6. *n.* 7. Vult. *ad d. L. un n.* 42. *et seqq.* quoad momentaneum processum, qui extraordinarius est, Donelli opinionem admittit, eo quod is instituatur, ne ad arma deveniant, quod prævidere magistratus est *L.* 15. §. 3. *de Usufr.* ejus nimirum, in cujus territorio res sita, ubi hoc metuendum. At si ordinario processu agatur, ait, omnes interpretes sentire, quod etiam in domicilio reus conveniri possit, si actori placeat. Primum Donellum dissentire, dum convento in foro domicilii revocationem ad locum rei sitæ tribuat, itaque locum domicilii arbitrio non actoris, sed rei relinquat. Sed recte noster (qui non primus ita statuit ut *infra N.* 7.) Nam imo inspecto jure nostro Justinianeo nulla possessorii summarii et ordinarii differentia est, sed omne momentaneum dicitur. Neutiquam vero Donellus domicilii forum arbitrio rei relinquit. Quippe si ita esset, conventus is loco rei sitæ, revocare posset ad locum domicilii. Quod Donellus minime sentit, verum ut necessitatem illic conveniendi actori injungit, utique et respondendi ac defendendi reo. Quod si reus loco domicilii conventus non revocet ad locum rei sitæ, præscriptione fori objecta, judicium ibi perficietur, non quod ex arbitrio unius rei, id forum fiat competens; sed quia ex utriusque consensu prorogatio jurisdictionis facta, per ea quæ *supra C.* 10. *N.* 7.

3) Quæ tamen verba de persecutione criminali ex LL. Juliis de vi exaudiunt DD. plerique, ref. Vult. *ad d. L. un. n.* 8. et Zaug. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 116. ut ibi tractetur quis sit judex; sive criminaliter, sive civiliter agatur. Quanquam autem Vult. *ibid. n.* 19. neutram quidem interpretationem absonam esse, attamen vel conjungendas esse, vel illam DD. communem exposizionem præferendam; cum actio de vi sæpe significet criminalem *L.* 37. *h. t. L.* 5. §. 1. *de vi publ. L.* 5. *de vi priv.* Quia tamen ea expositio rubricæ non convenit, cum criminalis illa actio non detur ad possessionem, sed aliam pœnam *d. L.* 10. §. *ult. de vi publ. L.* 1. *de vi priv.* neque tunc de jure possessionis quæratur *d. L.* 5. §. 1. Adhuc eidem consequens foret, reum vis publicæ vel privatæ tantum forum sortiri loco delicti, non etiam in domicilio suo et ubi reperitur, per verbum *oporteat*, *d. Rub.* quod falsum et improbabile, per ea quæ *C. Praecd.* Denique cum quando species generi inclusa est, quod in accusationibus de vi forum competens titulus præcedent doceat, nec id alieno loco inculcandum sit: Donelli nostri interpretatio non modo ut probabilis prævalebit, sed ut necessaria, sola vincet. Sicuti nec illud placet quod Vult. *n.* 40. verba rescripti solum recuperandæ possessionis interdicto convenire censet, cum momenti possessionem vix aliam, quam quæ ablata est, de qua recuperanda agitur, esse putet, *ibid. n.* 34. licet quod ad rem attinet nihil interesse fateatur, cum idem in omni possessorio obtinere sentiat. Nam si ita esset, falsum utique hoc vel saltem dubium foret. Quia enim *d. L. un.* non ad consulentis preces emissa, sed Lex et Constitutio generalis, unius speciei expressio aliud juris in aliis obtinere argumentum a contrario probabile præberet. Quin verius est quodvis interdictum usu juris sic vocari, vid. *supra C.* 4. *N.* 17.

4) Vultei. *ad d. L. un. n.* 46. *et* 2. *seqq.* Resp. Non pugnare hæc, necesse esse ibi; et liberum alibi agere, sicuti nec pugnant regula et exceptio. Discernendum esse locum actionis cujusque proprium (veluti in personali contractus vel delicti, in reali rei sitæ, in caussis status domicilii) ab adventitio. In illo ita agi oportere ut adventitii tamen non excludantur, si ita ferat occasio. Necessitatem igitur agendi in loco proprio semper manere, etsi aliquando quid de illa remittatur, re ita ferente. In loco proprio regulam esse, in adventitio exceptionem. Ita Vultejus quæ satis mihi non faciunt, nec exemplum quod cen simile adducit *n.* 48. quadrat. Ubi enim de pluribus rebus in diversis territoriis sitis lis est, superior omnium adeundus, ne continentia caussæ dividatur, neve reus in plura judicia distrahatur. Neutri rationi hic locus, ubi de una re lis. Quin ibi utique non alius quam judex loci rerum sitarum judicat, tametsi non immediate superior. Subdit Vultejus tot locis probari quod loco domicilii actio teneat, quot probatur domicilium tribuere forum, et rei forum sequi actorem. Atqui sic sequeretur solum, loco domicilii agi debere. Et immo in actione reali hoc est forum conventi, locus rei sitæ. Ad hæc regula illa in favorem rei constituta, non in odium. Magis autem reo favet Donelli nostri, quam DD. contra sententia.

prias esse intendimus; illic singulas, hic hereditatem. Sed res singulæ corporales ut exstant, ita et certo loco consistunt. Unde et de his secundum naturam rerum eo ipso loco agi potest, et ne alio [5] agatur, potest jure caveri. At hereditas cum sit res incorporalis intellectu, non corpore aut ullo certo loco consistens, non potest ullius certi loci in quo sit, petitionem admittere, quæ ipsa nusquam est. Ideo ejus petitio ad hunc locum non pertinet, in quo de loco ubi res sita est, quæritur.

V. Illa solum pertinet, qua agitur de proprietate rerum singularum, quæ specialiter dicitur in rem actio: quando res ejusmodi sunt, quæ nisi certo loco consistere non possint. In hoc genere, in quam, eadem illa duo, quæ in possessione modo dixi licet agnoscamus. Et de priore nulla controversia est, quin in rem actio invito reo moveri possit eo loco, in quo res propter quas contenditur, constitutæ sunt: quanvis qui convenitur possessor, ibi domicilium non habeat. Id enim diserte jubetur fieri in *L. ultim. C. ubi in rem. actionib.* Hoc quæritur, an etiam debeat actio in rem eo loco exerceri: ut si forte possessor alibi conveniatur, quanvis ibi domicilium habeat, non tamen recte conveniatur. Admittente reo nulla dubitatio. Volens enim et constituens subjicit se jurisdictioni: in consentientem cujusvis judicis est jurisdictio. *L. 1. D. de jud.* De invito quæritur. Quid ergo, si conventus præscriptione utatur, et dicat de proprietate rei ibi secum agi debere, ubi res ita sita est, idque fieri postulet?

VI. Hic recepta vulgo sententia est etiam in hac caussa, ut in cæteris: in actione denique in rem, ut in actionibus in personam recte agi cum possessore, ubi his domicilium habet; ibi conventum alio revocare non posse, sed se ibi defendere debere. Nec temere deducti sunt in eam sententiam, moti verbis *d. L. ult. C. ubi in rem act. exerc. deb.* Nam initio sic verba sunt: *Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur.* Et autem forum rei, ubi is domicilium habet. *L. 2. D. de jurisd.* Sequitur præterea in ead. L. *sed et in locis in quibus res constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.* Hæc oratio, *sed et in locis*, copulative est, quam ideo apparet conjungere res diversas; et quoniam de locis loquitur, etiam ad plures loca referri, eaque conjungere hic videtur: proinde et sic interpretanda esse; non solum in eo loco, ubi reus domicilium habet, quod ejus forum est: sed et in locis, in quibus res constitutæ sunt, in rem actio moveri potest. Et certe conveniunt cætera.

VII. Illud non modo non convenit, sed etiam aperte refragatur, quod Imperatores in his locis non actionem in rem moveri concedunt, sed moveri jubent: quibus verbis necessitatem ibi agendi aperte imponunt. Et res ita habet: etiam de proprietate actione in rem similiter, ut de possessione ibi [6] tantum agi

5) Nec tantum si de re corporali agatur, sed etsi de incorporali, ut servitute. Ubi spectatur locus fundi servientis. Nam si exempli gratia fundus Mævii, situs in territorio Seji, debeat servitutem fundo Titii sito in territorio Caji, competens judex non Cajus, sed Sejus, Zang. *de Exc. P. 2. C. 1. n.* 94. Idem est in actione de Emphyteusi, Minsing. 4. *Obs.* 95. Jo. Coler. *Meth. Jur. emhyt. C.* 25. qui idem servari tradunt, etsi emphyteusis fit ecclesiastica, in quo diss. Valasc 1. *Jur. emph. Q.* 39. *n.* 14. Idem in actione hypothecaria, Trentacinq. *Pract. Resol. Lib. 2. Tit. de Act. Resol. 4. n.* 3. Vincent. de Franc. *Decis.* 177. *n.* 1. Itemque alia actione reali; Rescissoria, Publiciana etc. Quare cum moribus et jure nostro detentiones rerum debitoris, quæ arresta nuncupantur, jus hypotecæ tribuant, Coler. *Decis.* 209. *n.* 7. forum ibi competens, ubi res est, sive debitor, sive tertius possideat, Zanger. *d. C.* 1. *n.* 95. Idemque esse in judici *Famil. erc isc.*; *Comm. Divid.*; *Fin. Regund.* quæ origine personales, fine et effectu mistam caussam habeant, idem Zang. *ibid. n.* 103. itemque in rem scriptæ Vincent. de Franc. *Decis.* 389. accensens iis actionem pro jure προτιμήσεως ut et Tiraq. *de Retr. lign.* 8. *Gl.* 5. *n.* 8. *et seqq.* Hotom. *Con.* 24. *n.* 6. Non idem in actionibus aliis ad personam, etsi ad rem agatur, Coler. *de Process. P* 2. *C.* 3. *n.* 8. *et seqq.* Zanger. *d. C.* 1. 94. Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Resol. Tit. de Act Resol.* 4. *n.* 5. Mynsing. *Dec.* 8. *Resp.* 78. *n.* 19. diss. P. Frider. *de Process. extr. Lib.* 3. *de Contin. causs. C.* 4. *n.* 14. et quodammodo Vult. *ad L. 2. C. de jurisdict. n.* 23.

6) Consentit quoad interdicta et actiones reales Zanger. *de Except. P. 2. C. 1. n.* 18. testans ita sentire Hostiensem post *Gl. in C. sane* 3. *in vers. provincia de foro comp.* Et de eod. Hostiense refert, licet non probet Paurmeist. 2. *de Jurisd.* 8. *n.* 108. Ac quosdam sic tenuisse memorat Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Act. Resol.* 4. *n.* 10. Non itaque solus et primus Donellus ab interpretibus omnibus divortium fecit, ceu putant Vult. *ad L. un. C. Ubi de poss. n.* 44. *et ad L. 1. C. Ubi in rem n. 5. et seqq.* (ubi contrariam omnium DD. sententiam, quod conventus loco domicilii ad locum rei sitæ revocare non possit, usu servari perhibet) et Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 31. *n.* 8. Quin firmioribus rationibus hanc Hostiensis sententiam niti, nec ab ea in judicando et consulendo recedi debere, etsi communem adversari fateatur, statuit Zanger. *d. n.* 118. Ac ipse Vult. *ad L. un. C. Ubi fid. peti n.* 26. Quia olim vindicatio nulla, nisi in re præsenti, necesse fuisse eam institui in loco ubi res ipsa erat. Id vero vel desuetudine, vel saltem lege Constantini *L. 1. C. de form. sublat.* abrogetum esse. Quod probabile non est. Si jus vetus ita fuit, ut certe fuisse vincunt veteres vindicationum ritus, ut solum res, ubi posita erat, peteretur, mansit id utique nisi expresse correctum liqueat. Quod tantum abest: ut potius LL. posteriores expresse suffragentur, ceu Donellus hic ostendit. Nec quia superstitiosa scrupulositas formularum sublata: *d. L.* 1. ideo eo ipso etiam in foro sortiendo quidquam immutatum. Longius e nostro abit Cujac. *in Par. C. Ubi de her. ag.* sentiens non tantum agi posse loco domicilii: sed nec forum ex loco ubi res, aliter competens esse, quam si reus ibi reperiatur. Quod iniquum sit ex domicilio suo, ad locum rei sitæ, cum dispendio rei familiaris, extrahi. Quomodo et ante Cujacium Sichard. *in L. ult. C. Ubi in rem n.* 2. et Castr. *n.* 2. ref. Zang. *d. C. 1. n.* 100. cum quibus et quodammodo Vinc. de Franch. *Decis.* 177. et Trentacinq. *d. Resol.* 4. *n.* 6. restringens tamen ita, nisi in loco rei sitæ etiam domicilium habeat, et nisi ibi habeat Procuratorem. Sed contra usu receptum esse testatur Zang. *d. n.* 100. quia leges generaliter loquuntur, nec adjiciunt id quod hi subaudiunt, quod facile tamen fuit. Et Cujacium refellit Vult. *ad. d. L. 1. C. Ubi in rem n.* 20. (1) quia sic locus rei sitæ non per se, sed ex accidenti forum faceret, quod non admittunt LL. indefinite conceptæ (2) Sic plus deferretur personæ quam rei, cum tamen hic res potius ac primario conveniri videatur. Et subvertit Cujacius fori ordinem, cui ratio certa et constans est, quod res potissimum hic spectanda sit, ex ratione sua, dependente ex eventu incerto (3) Et quid si in loco illo inveniatur, nec ibi sit commorandi animo, majus illi facile erit incommodum, si tunc ibi conveniatur, quam si e loco domicilii evocetur, sive permanendum ei ad finem litis dixeris, ubi æque diu absfuturus est a laribus suis, sive domuitionem concesseris, judicio in loco, ubi cœptum est, retento, quia res redibit ad eum casum, a quo, ex mente Cujacii, incidere non potuit. Longissime vero ab omnibus discedit Marc. Lycklama 4. *Mem-*

agi potest postulante reo; ubi res propter quas contenditur, constitutæ sunt. Multa concurrunt, quæ hanc sententiam evincant, sive spectantur loci de hac re scripti, sive confertur possessionis exemplum, sive quæritur hujus juris constituti ratio. Loci duo; *d. L. ult. C. ubi in rem act.* et *L. quod legatur, D. de jud.* De verbis *d. L. ult.* Jam dixi hæc esse, non ut permittant Imperatores in locis ubi res constitutæ sunt, actionem in rem moveri: sed ut nominatim ibi moveri jubeant. Quod lex [7] jubet id facere necesse est, nec mutare jussa liberum est invito adversario. Est enim hæc potestas legis, ut ei omnes parere debeant. *L. 2. D. de legib.* Sed et quoties datur alicui actio certa lege, nisi is in agendo eam legem servat, denegatur agenti actio. *L. mutus, §. pœna, D. de proc.* Atqui lex superior jubet actionem moveri in iis locis, in quibus res constitutæ sunt. Quare et ibi actionem movere debet, qui hanc instituit, si reus postulet; et si alio loco agit, nihil relinquitur, nisi ut ibi denegetur ei actio.

VIII. Sed minus me moveret is locus, cum alia parte videatur alio retrahere, nisi hæc sententia constituta esset in *d. L. quod legatur* tam aperte, ut nulla cavillatione possit locus eludi. Sic enim scribit Licinnius in extremo: *Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi est.* Hoc, peti debere, valet ibi peti necesse esse legataria. Ut, cum dicitur unumquemque ibi se defendere debere, ubi contraxit, aut ubi domicilium habet: hoc dici intelligitur, unumquemque ibi conventum necesse habere ibi judicium pati, et se defendere, nec jure posse invito actore alio revocare. *L. heres, §. 1. D. de jud.* Cumque hæc per se debendi significatio est: tum vero apud Licinnium aliter verbum accipi non potest. Quemadmodum enim cum prius dixerat, rem legatam actione personali petitam ibi dari debere, ubi est; constat hoc dici, ibi dari necesse esse ab eo qui dare debet, id est, ab herede, ut non possit ab eo ibi recusari: ita cum subjicit etiam ibi peti debere, non aliud intelligere possumus, quam etiam necesse esse ibi peti ab eo, cujus ea petitio est, id est, a legatario, si possessor id postulat. Atenim non simpliciter dicit Licinnius legatum per actionem in rem ibi peti debere, ubi est: sed addit, etiam ibi peti debere. Quid est autem hoc etiam ibi, nisi non tantum alibi, sed et ibi quoque peti posse? Vult ergo alibi etiam peti posse, eruntque hæc loca, ubi heres domicilium habet, vel ubi est major pars hereditatis. Quomodo et Accursius interpretatur. Et recte hoc diceretur, si quidem particula, etiam, referretur ad verbum ibi, ut sic diversa loca includi intelligeremus. Nunc autem referri debet ad verbum peti, ut sit hic contextus, etiam peti debet ibi, ubi est. Hoc enim ad ea quæ præcesserunt, aptari debet. Prius dixerat Licinnius, si reus legata per actionem personalem exigatur, ibi eam dari debere, ubi est, quanvis alibi petatur. Subjicit per adversativam diversum esse, si per actionem in rem petatur legatum: tum enim etiam ibi peti debere, ubi est. Quo non aliud declaratur, quam in actione in rem non ibi solum rem debere dari, ubi est, sicut in actione personali faciendum esse supra dixerat: sed etiam ibi peti debere: atque hactenus inter personalem actionem de legato, et actionem in rem interesse; quod priore actione ibi res dari debet, ubi est, cum sæpe alibi petatur, et jure peti possit: posteriore ibi ubi est non solum dari, sed et peti simul debet. Id autem ita accipiendum esse duo evidenter probant; verbum debendi, quo Licinnius in hac re utitur, et differentia quam inter istas actiones in hac petitione statuit. Primum verbum debendi. Nam si intelligebat legatum per in rem actionem alibi peti posse, quam ubi est, et nihilominus etiam ubi est: petitionem hic statuit in arbitrio legatarii, non in necessitate juris positam. Proinde dicere debuerat, per in rem actionem legatum ubi est, etiam ibi peti [8] posse, quod est facultatis et arbitrii; non autem, ibi peti debet, quod

bran. 3. volens in loco domicilii solo agi, etsi id pro diversitate reorum diversum. Quia liberum convenire vel dominium possessionis, si is alibi domicilium habet, ubi habet; vel detentorem ejus nomine possidentem, ubi res est, quia nec alibi huic sit domicilium. Et huc accommodat *d. L. ult. Cod. Ubi rem.* de illo prius membrum accipiens, de hoc posterius. Quæ falso nituntur præsupposito. Neque enim necesse est detentori ibi domicilium esse, cum plura ad domicilium requirantur, vid. *supra Cap.* 12.

7) Vult. *ad. L. 1. n.* 10. Resp. firmum argumentum fore, si Lex juberet, ut id solum pro jure observetur. Contrarium autem apparere ex ipsa *L. ult.* ubi Donellus fatetur duo jussa esse etc. ut *infra n.* 11. ubi vid. Sed et hæc resp. non elidit nervum argumenti, qui in vocula *jubemus.*

8) Vultei. *ad d. L. 1. n.* 11. vim illationis non diffitetur, sed, ait, Licinnium jus sui temporis spectasse, quo adhuc formulæ erant in usu, nec vindicatio tenebat, nisi in re præsenti. Quare compositorum incuriam exagitat, qui jus antiquatum, quod omittere vel inflectere decuerit, Pandectis inseruerint. Quæ probare religio est. Nihilo melius idem *ad L. un. C. Ubi fid. peti n.* 27. ibi esse Licinnio propositum docere non ubi res peti debeat, sed an ubi petitur, ibi etiam solvi debeat. Quod verbis ipsis ICti convenire nemo dicet, alias sic dixisset *etiam ibi solvi debet*, vocula enim, *etiam*, arguit illic præcipue

quod est necessitatis, et alia loca removet. Quod si recte eo verbo usus est, ut certe in homine erudito et Jurisconsulto fatendum est: aperte eo verbo illam necessitatem ibi agendi statuit, et cætera loca exclusit. Differentia autem istarum actionum, quam illic tradit, hoc etiam declarat evidentius. Distinguit has actiones Licinnius aut in dandi loco, aut in loco petendi. Non utique in loco dandi, quod ex verbis apparet: cum in actione in rem de dandi loco nihil mutet per adversativam, sed solum de loco petendi loquatur. Et vero ita jus est, ut utralibet harum actionum agatur, semper res præstari debeat, ubi est, et multo magis in actione in rem, si cum bonæ fidei possessore agatur, qui in re transferenda nihil dolo malo fecit. *L. si res mobilis*, 10. *L. nisi*, seq. *D. de rei vind.* Distinguit ergo has actiones in petendi loco, non dandi. Atqui si interpretamur per in rem actionem legatum sic peti debere, ubi est, ut nihilominus peti possit etiam alibi, puta ubi reus domicilium habet, aut ubi est major pars hereditatis: inter has actiones etiam in loco petendi nihil interest, omnisque inter istas actiones differentia tollitur. Nam et per actionem personalem totidem locis res legata peti potest. Ut enim potest hac actione peti legatum, ubi heres domicilium habet, vel ubi est major pars hereditatis, de quibus locis constat *L. si fideicommissum*, in pr. §. *ult. D. de jud.* sic potest nihilominus etiam ibi peti, ubi est. *L. sed etsi suscepit*, §. *ult.* vers. *si ea res*, *D. de jud.* Necesse est igitur intelligi sic per in rem actionem legatum peti debere ubi est, ut vere illic peti debeat; idest ita debeat, ut alibi non possit invito possessore, qui dolo malo rem alio non transtulit: ut efficiatur plane ea sententia quam dixi, sive verbum debendi spectemus, sive mentem auctoris in his actionibus distinguendis: sententia, inquam, hæc; si per actionem personalem species legata petatur, ibi eam dari debere, ubi est, non etiam debere peti: non quod non possit ibi quoque peti: sed quod possit, non debeat, idest, non sit necesse, quia alibi peti potest pro arbitrio et electione legatarii. Sed si per in rem actionem res legata petatur, sic eam dari debere ubi est, ut non solum ibi dari, sed etiam ibi peti debeat: atque ita debeat, ut quemadmodum interpretamur alibi dari non posse invito adversario, idest, legatario: sic intelligendum sit nec alibi peti posse invito eo cum quo agitur, idest, possessore.

IX. Sunt ergo hi loci minime dubii, qui sententiam superiorem de actione in rem exprimant. Adde his exemplum possessionis. Nam et ea ibi postulari, deque ea ibi agi et judicari convenire, idest, debere dicitur, ubi res sita est, de cujus possessione agitur. *d. L. unic. C. ubi de poss. agi opor. d. L. unic.* in princ. *C. ubi de her. ag.* Si hoc in caussa possessionis valet, etiam in actione in rem valeat, oportet: sive quod hæc judicia ita sunt conjuncta, ut apud quem actum est de possessione, apud eumdem et de proprietate agi oportet: *L. nulli*, *C. de jud.* sive quod actione in rem petatur rei possessio. Id enim agitur, ut cum pronuntiatum erit rem nostram esse, res nobis restituitur officio judicis. *L. officium*, *L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Tantumque inter judicium possessionis et proprietatis hoc interest, quod priore consequimur momentariam possessionem; posteriore perpetuam adversus eum, cum quo actum est.

X. Adjiciamus jam hujus juris rationem, quæ sequitur: tum non dubitabimus, quin ita etiam in utraque caussa possessionis et proprietatis constitui oportuerit. Ut quia ita debuit, intelligamus etiam ob eam sive æquitatem, sive utilitatem esse constitutum. Ratio igitur istius constituti juris hæc 9 est, quod neque alibi ex commodo litigatorum caussa agi potest, quam ubi res sitæ sunt, de quarum possessione aut proprietate agitur, neque alibi judicium exitum reperire, aut judex sententiam suam exsequi: frustra autem et elusorium omne judicium, ubi constet judicem sententiam suam exsequi non posse. Primum pendente judicio caussa alibi expediri non potest, aut certe non sine mani-

expediri de loco petitionis. Falsumque imo eumdem locum esse omnino præstationis, qui petitionis. Nam si personali actione de legato agatur, de quo *d. L.* 38. *pr.* alibi res peti, alibi præstari potest, *L.* 47. *pr. de L.* 1. Præstanda enim ibi ubi est *d. L.* 38. *pr.* cum agi possit loco domicilii, et majoris partis hereditatis *supra C.* 15. Et si daretur Vultejo actionem realem tenere in domicilio conventi, utique alibi peteretur tunc res immobilis, alibi præstanda esset.

9) Resp. Vult. *ad L. un. C. Ubi de poss. n.* 49. (1) Hæc incommoda fortuita, ex fortuitis vero leges non constitui. (2) Interesse ita maxime actoris, qui sibi imputet quod locum domicilii elegerit. Sic et Ant. Fab. 20. *Conject.* 9. *in fin.* reum conqueri non posse cum commodius litiget in domicilio. Sed imo interesse non minus conventi posse, tam in petitorio, quam et maxime, in possessorio facile rem recte secum putanti apparet, cum primis sit, ut Faber *d. loc.* vult, nova lite pro judicati exsecutione in loco rei sitæ opus. Accedit et hæc ratio. In personali actione ideo loco domicilii etiam agi potest: quia cum debitoris persona obstricta sit, mirum non est, si ibi conveniatur, ubi degit. At in realibus agitur ad rem ipsam, eamque persequimur. Ergo ratio non est habenda personæ possessoris. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. 121.

nifesto incommodo utriusque litigatoris. Nam interdum veniendum est in rem præsentem, ut cognoscatur de finibus et sciatur quid quantumve petatur. Interdum exhibenda res mobilis. Nihil horum fieri potest nisi in re præsenti; proinde et in eo loco, ubi res est, de qua agitur. Præterea in judiciis quæ sunt de possessione aut proprietate, quæstio incidit, quis et quandiu possideat: nam et in judicio proprietatis sæpe agitur de usucapione, dum aut actor, aut reus se usucepisse contendit. Nulla autem usucapio sine possessione. *L. sine, D. de usur. et usuc.* Non potest probari possessio nisi testibus. At quibus? non certe exteris, sed vicinis et incolis ejus loci, ubi res sita est, de cujus possessione contenditur. Hi in re præsenti haberi possunt. Re autem procul remota si agitur, aut non est eorum copia, aut longis itineribus et magno sumpto revocari eos necesse est, aut ad eos iri, quo domi perincommode et minore judicii fide ab alio magistratu interregentur. Postremo ut omnia in lite peragenda litigatoribus alibi agentibus sint proclivia: tamen judex qui alibi de possessione aut proprietate cognoscit, quam ubi res sita est sententiam suam [10] tueri non potest vel actori vel reo. Nam si secundum actorem judicabit, curare debet, ut ei possessio restituatur. *L. qui restituere, D. de rei vind.* Si secundum reum, curare debet, ut eum adversus vim tueatur in possessione. At hoc præstare non potest is, cujus in territorio res sita non est. Is enim solus potest jubere possidere, cujus ad curam pertinet res de qua agitur. *L. cum unus*, §. *penul. D. de reb. auct. jud. poss.* Sane sententiam alibi dictam potest exsequi is magistratus, cujus in territorio res sita est. *L. a Divo.* §. 1. *D. de re jud.* Sed de eo judice nunc non quæritur. De eo agitur, qui alibi judicat, quam ubi res constituta est, quæriturque quid is possit ad ejus judicii et sententiæ executionem. Nos ad eam rem frustra illum adiri diximus, quem jam ab initio constat pro sua jurisdictione ibi ubi judicat, sententiam suam exsequi non posse.

XI. Nunc de iis quæ interpretes contra moverunt, breviter respondebo. Huic autem sententiæ duo oppununtur, quæ illos in hac re tenuerunt. Primum *d. L. ult. C. ubi in rem act.* deinde exemplum petitionis hereditis de qua constituitur in *L. unic. C. ubi de her. ag.* Jam dixi verba *d. L. ult.* hæc esse, actorem rei forum sequi, sive in rem, sive in personam sit actio. Est autem forum rei, ubi is domicilium habet. *L. 2. C. de jurisd. omn. jud.* Quis neget igitur illis verbis hoc dici etiam in actione in rem actorem sequi domicilium rei, proinde et illic recte agere, ubi reus domicilium habet? Et ego hoc dici agnosco, neque tamen locus superiori sententiæ adversatur. Nam quod initio superioribus verbis generaliter dictum erat, id statim postea temperatur in actione in rem: ad hanc sententiam, ut actor in omni actione sequatur forum et domicilium rei; sed ita, dum si in rem agitur, etiam res de quibus controversia est, ibi constitutæ sint, ubi agitur. Eum, inquam, locum actor sequetur, quanvis sit ex alia provincia, ubi et domicilium habeat. Quod si res propter quas contenditur, alibi erunt, jubemus, inquiunt Imperatores, in his locis, in his, inquam, non alibi, in rem actionem moveri. Ita hoc efficiunt ut nunquam alibi in rem actio moveri possit invito possessore, nisi ubi res de quibus agitur, constitutæ sunt. Non me movent illa verba quæ sequuntur, sed et in locis ubi res constitutæ sunt, jubemus: fateor in hac oratione particulam, et, connectere atque includere res diversas; ut si refertur ad loca, hæc plura esse indicet, in quibus agi in rem possit. Sed animadvertendum est orationem superiorem esse ambiguam. Potest enim particula, et, jungi cum locis, ut plura loca includantur, quibus agendi potestas sit. Potest etiam jungi cum verbo jubemus, ut isto modo includantur non plura loca, sed plures constitutiones, et plura jussa Imperatorum. Utrum ergo in oratione hac ambigua sumi placet? Ex certis præceptis juris id, quod vitio caret, et quod loco, id est præcedentium aut sequentium sententiæ convenit, ut cum hac cohæreat. *L. in ambigua. D. de leg. L. si servus plurimum*, 50. §. *ult. D. de leg.* 1. At prius neque recipi potest, neque loco convenit. Recipi non posse ex aliis locis convicimus. Loco non convenire aperte arguit verbum ju-

10) Vult. *ad d. L. un. n.* 50. resp. se mirari incogitantiam Donelli. Quia quod per se præstare judex nequit per alium præstabit, qui sententiam exsequetur *L.* 15. §. 1. *de re iud.* Alias etiam actiones in personam, quando in iis res versantur, intentandæ erunt loco rei sitæ. Agnosco hæc non temere dici, ac pariter (pace Cl. ICti dixerim) miror illius incogitantiam, dum hanc rationem non impedire scribit, quo minus qui ex privilegio jus revocandi habent ad judicem certum, eodem etiam in realibus utantur. Nam imo in realibus non est locus privilegio isti ne quidem in clericis, qui maxime præ ceteris proprios judices habent, ut *supra h. C. N.* 1.

jubemus, quod sequitur. Nam si aliis quoque in locis actio in rem moveri potest, quam ubi res constitutæ sunt, non jubetur actio in his moveri, ubi res sunt. Tum enim in his aut illis locis agere esset facultatis, non necessitatis: at jubere eam moveri in aliquo loco, rem subjicit necessitati ibi agendi. Restat ergo posterius, quod solum hic sumi oporteat, ut particula ista conjunctiva jungatur cum verbo jubemus, quo intelligamus ea particula includi non plura loca, sed [11] plura jussa. Et ita res habet; estque hæc sequentibus et aliis de hac re scriptis locis conveniens sententia: Actor rei forum etiam in actionem in rem sequitur; idque ita jus jubet. Sed. et nos in eo hoc jubemus, ut si res propter quas contenditur, alibi constitutæ sint; quam ubi possessor forum et domicilium habet, ut ibi ubi constitutæ res sunt, in rem actio moveatur. Quibus verbis simul alibi moveri repugnante possessore vetant. Addamus huic interpretationi superiorem confirmationem, quæ multis argumentis nobis constitit. Tum minus dubitabimus ejus loci eam sententiam esse, quam dixi.

XII. Petitionis hereditatis exemplum, quo altero interpretes vulgo contra moveri dixi, sic nobis opponitur. De ea petione ita scriptum est in *L. unic. C. ubi de her. ag.* hereditatis controversiam terminandam esse, ubi domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi ubi res hereditariæ constitutæ sunt, degit. Atqui petitio hereditatis et ipsa in rem actio est. *L. sed etsi*, *§. petitio*, *antep. D. de her. pet.* Sit ergo et in actione in rem de rebus singulis jus idem, ut qui convenitur ibi quoque possit conveniri, ubi domicilium habet, ac non tantum ubi res de quibus agitur, constitutæ sunt. Sed male hæ actiones in hac re inter se comparantur. Sunt quidem ambæ in rem, et hoc inter se commune habent: sed quod supra attigi, rerum petitarum situ longe dissimiles, atque adeo contrariæ: de locis autem in quibus res petitæ constitutæ sunt, nunc agitur. Actio in rem de rebus singulis jubetur moveri in iis locis in quibus res sunt; quia et potest ibi moveri; habent enim res corporales sua loca natura, in quibus consistant, in quibus proinde et actio exerceri potest. Petitio hereditatis contra neque jubetur ibi moveri, ubi est hereditas, neque adeo permittitur ibi exerceri: quia nec potest ibi exerceri per rerum naturam: non quia non sit hereditas, aut non possit de ea agi certo loco; sed quia hereditas nullum locum habet, in quo consistat, ut dicipossit, ibi de ea agi posse. Hereditas enim res est incorporalis in jure consistens: et quanvis in hereditate contineantur res corporales: ipsum tamen jus hereditatis incorporale est. *Inst. de reb. corp. et incorp.* Quæ incorporalia sunt nusquam sunt: quia ne sunt quidem, tantum enim intellectum percipiuntur, quo eodem esse significantur, ut de partibus indivisus scriptum est in *L.* 5. *D. de stipu. ser. L. Mævius*, *§. duorum*, *D. de lega.* 2. Agitur quidem in petitione hereditatis etiam de rebus hereditariis licet corporalibus: datur enim hæc actio adversus omnes qui quid hereditarium quanvis minimum possident. *L. regulariter*, *L. licet*, *D. de her. pet.* Sed fit hoc per consequentiam. Re vera autem hic petitur universitas et hereditas: quia qui agit hereditatem suam esse intendit. *L.* 1. in pr. §. 1. *D. si pars her. pet. L.* 1. *D. de rei vind. L. licet*, *D. de pet. her.* Unde et ipsa actio dicta petitio hereditatis, non rerum hereditariarum. Hereditate petita, sic deinde per universitatem in eam petitionem veniunt res singulæ hæreditariæ: quia hæ ea universitate continentur. *L. item videndum*, *§. ult. L. et non tantum*, *L. item veniunt*, in princ. *D. de her pet.* Et quo-

11) Vult. *ad L.* 1. *C. Ubi in rem n.* 10. fatetur plura jura haberi in *d. L. ult.* Sed inde contra Donellum infert, quod si posterius jussum diversum a priore, necesse fore alium in eo locum intelligi, quam in illo. Nam si idem jubetur in posteriori, jussum unum est. Si unus locus forumque, ad quid duo jussa? Nunquid posterius solum non sufficit. Nec ratum duo juberi disjunctim, quorum uni si paretur, fit quod jussum est. Sicuti hic (1) jubetur actor sequi domicilium rei (2) intentare actionem in loco rei sitæ. Patet igitur si alterutrum faciat. Sed etsi his objectis occurri posset, maximeque posteriora hæc, quod duo alternative jubeantur, vitio laborent, cum vocula *sed et* conjungat etc. tutius tamen puto si in expositione *d. L. ult.* a Donello nonnihil divertentes, dicamus in priori versu definiri, quod regula vulgata; Actor sequitur forum rei, obtineat quoque in realibus actionibus. In posteriori vero versu definiri quodnam sit forum ejus, unde petitur in realibus. Quomodo vocula *sed et* optime connectet, quæ non adversative, sed explicative, ut Zang. *d. C.* 1. *n.* 119. posita, uti in *L.* 26. *pr. Ex quib. ca. ma. L.* 28. *pr. D. l. t.* Quare non largior, quod Donellus largitur, in verbis primis *d. L. ult.* forum denotare domicilium. Sed forum ibi dicitur indefinite, quod est, vel esse potest in hac vel illa actione. Quale est in actione reali locus rei sitæ, faciant quæ *supra Cap.* 16. *N.* 7. notavimus ex ipso Valtejo, qui idem *ad d. L.* 1. *n.* 19. maxime proprium forum in reali actione locum rei sitæ vocat. Verba autem potentiori significatu accipienda. Nec obstat quod Vult. *d. n.* 10. debere ad forum accipi, quod utrique actioni, reali et personali, commune: aliud id nullum quam domicilii: Neganda enim consequentia. Nam certe quando actor sponte reum convenit ubi res est, itidem ille hujus, non hic illius forum sequitur, nec tamen forum utrique actioni commune. Hoc itaque intendunt interpretes non actoris personam spectari, sed rei, non reum ab actore ad forum suum trahi posse. Quod autem sit forum rei in sequente membro expediunt. Objicit quoque Vult. *n.* 22. argumentum ex *d. L.* 1. *C. Ubi in rem.* Quia nulla ibi mentio loci, in quo res petita posita, sed in quo litigantes consistebant. Et hoc ipsum in questione, an quia venditori in alia provincia domicilium, judicium eo transferendum sit. Resp. Demus id ibi dubium fuisse consultori, anne locus domicilii actoris sui verum forum esset. At id non ex jure constituto, de domicilii foro in realibus sequendo, alias id solum et unicum esset, sed ex falsa opinione consulentis errore sibi jus ejusmodi fingentis, quasi ipse judicium plane defugere et in auctorem totum trasferre possit. Præsupponendum vero ut terminus habilis, rem fuisse in loco domicilii rei, qui ipse non per alios absens possidebat.

quoniam hereditas non potest ibi peti, ubi constituta est, quippe quæ nusquam est: fit id quod cautum est in *d. L. unic. C. ubi de hered. ag.* ut ibi peti debeat, ubi possessor domicilium habet: atque adeo ibi solum, non alibi. Nam eo loco remoto in quo dicatur constituta esse hereditas, sicubi ea petenda est, restant loca duo, in quibus ex jure communi cum possessore agi possit; ubi domicilium habet, et ubi contraxit. In possessore hereditatis locum ubi contraxit, quærere alienum. Non enim ulla in rem actio ex contractu, aut ulla obligatione nascitur. §. 1. *Inst. de act.* Ita relinquitur omnino locus is unus, in quo controversia hereditatis tractanda sit, ubi scilicet qui convenitur, habet domicilium. Neque hoc mutatur, cum in *eadem L. unic.* adjicitur controversiam hereditatis terminandam vel ubi possessor domicilium habet, vel si ibi, ubi res hereditariæ sitæ sunt, degit. Sane enim in his posterioribus verbis constituitur etiam is agendi locus, ubi res hereditariæ constitutæ sunt; sed hac [12] conditione, si et possessor ibi degat, id est, domicilium habeat. Quo maxime efficitur nunquam alibi de hereditate agi posse, quam ubi possessor domicilium habet: cum etsi alicubi res hereditariæ te constitutæ sint, non tamen aliter de hereditate ibi agi possit, quam si possessor ibi quoque domicilium habet.

XIII. Immo, dicat aliquis, utroque loco, et ubi possessor hereditatis domicilium habet, et ubi res hereditariæ constitutæ sunt, quanvis ibi domicilium non habeat, de hereditate agi potest: quod si in petitione hereditatis recipitur propter res hereditarias, quanvis singulas, etiam in actione in rem in qua de hujusmodi rebus agitur, recipiendum est. Id autem effici videtur definitione ea quæ extat in *d. L. ult. C. ubi in rem act. exer. deb.* Sic enim definitio est: *In locis in quibus res propter quas conditur, constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.* Continet hæc definitio omnem actionem in rem. Nihil enim distinguitur: et scimus verbo generali omnem speciem ei generi subjectam contineri. *L. si servitus, D. de serv. urb. præd.* Proinde continet et petitionem hereditatis; nam et hæc in rem actio est, ut dixi. Sed et in petitione hereditatis contenditur propter res hereditarias, de quibus id agitur, ut restituantur heredi. *d. L. generaliter, L. licet,* seq. *D. de her. pet.* Exigit igitur definitio, ut et in petitione hereditatis jus idem admittamus, quo scilicet et extra possessoris domicilium liceat eum movere, ubi res hereditariæ constitutæ sunt. Sed sciamus definitionem superiorem *d. L. ult. C. ubi in rem act.* specialem esse, non generalem; pertinereque tantum ad actionem in rem quæ est de rebus singulis, et iis corporalibus; non etiam ad eas quæ sunt de hereditate, aut rebus singulis incorporalibus. Primum sic usus verbi est, ut cum nominatur simpliciter in rem actio, verbo generis intelligatur species ea quæ est de proprietate rerum singularum. Indicat *L. in rem, D. de rei vindic.* Indicat et distinctio horum titulorum Codicis, *Ubi in rem actio exerceri debeat, et ubi de hereditate agatur* in quibus posteriorem superfluum, aut male divisum a superiore esse oportet, nisi in priore specialem in rem actionem intelligamus, et eam quæ est de rebus singulis, non de hereditate. Tum autem in superiore definitione ita usurpari ab Imperatoribus declarat, quod lex sub titulo priore collocata est. Sed in primis ipsa definitionis verba illa, *ubi res propter quas contenditur constitutæ sunt*: quibus verbis apparet demonstrari certam actionem in rem: nempe eam quæ est de his ipsis rebus. Hæc demonstratio ad petitionem rerum singularum pertinet: ad petitionem he-

re-

12) Sed hæc expositio dura. Nam ut Vult. *ad d. L. un. C. Ubi her. n.* 24. Vocula *vel* locum cum a loco domicilii secernit, nec congruit prius perspicue dictum postea obscurius repeti. Nam etsi verba, *vel si*, non conditionem continere, sed pro *quamvis* posita esse dici possit, ut *L.* 10. §. *ult. Quæ in fr. cred. L.* 30. §. 1. *de acq. poss. L.* 67. §. 6. *de Leg.* 2. Zanger. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 101. ne sic tamen apprime convenit. Sensus enim erit, quod non eo tantum casu, quo domicilium alibi possessor hereditatis habet; sed et eo, quando in loco ubi res sitæ sunt degit, domicilium forum competens efficiat. Quomodo requireretur in casu posteriori plus dubii, qui tamen utique minus dubius. Nam quod domicilium per se solum efficit, quis sanus dubitabit, facilius efficere, si quid aliud, puta quod ibidem res hereditariæ sunt, accedat. Præterea ratio Donelli impugnatur a Vult. *ad d. L. un. n.* 24. *et ad L.* 1. *Cod. Ubi in rem n.* 13. Licet enim, ait, hereditatem nusquam esse, recte dicatur in thesi et abstracto, ut et de quibusvis juribus, non tamen in hypothesi. Quin hereditas est in rebus atque in illis ita residet, ut ubi illæ sunt, etiam hæc una, etsi una sit res singularis, quia et ejus ratione datur petitio hereditatis *L.* 9. *et* 10. *de pet. her.* Et hereditas certo loco relicta dicitur *L. un. Cod. ubi fid. peti.* Ipseque Donellus arguit *h. C.* a possessorio ad petitorium. Ergo ubi possessorium de hereditate intentatur, ibi et petitorium. (Sed ad hoc responderi potest possessoria adipiscendæ, de quibus *d. L. un. C. Ubi de her.* in priori membro, non dari de jure universali, sed de rebus singulis, vid. *Lib.* 15. *C.* 36.) Denique subdit Vultejus rationi Donelli ab incommodis ductæ, si alibi petatur, quam loco rei sitæ, etiam locus est in universali judicio. Enimvero vix sibi ipsi in expositione *d. L. un.* constare videtur Vultejus, dum prius ejusdem membrum non de interdicto possessorio, sed imploratione extrajudiciali officii judicis accipiendam contendit, (etsi fere consentiant Wesenbec. *in d. L. un.*) Idem Vero *n.* 25. [quod Cujacius generale esse vult, ut actio realis ita demum loco rei positæ teneat, si reus ibi reperiatur, ut supra *N.* 6. admittit in petitione hereditatis sola. Non ex ratione Cujacii, sed quia ita nominatim constitutum sit, propterea, quod non mere est realis, sed mista actio. Quod igitur nec sola persona, nec solæ res efficere possunt, utraque conjunctim efficiunt. In quo, dum probabilius quid suppetat, subsisto. Sane usu ita servari, ut simpliciter hic, ceu in alia actione reali, ex communi sententia, duo sint loca sortiendi fori, testatur idem Vult. *n.* 27. *et seq.*

reditatis non pertinet. In hac enim contenditur propter hereditatem, quam actor suam esse intendit, possessor negat. *L. licet, D. de her. pet. L.* 1. in pr. *D. si pars her. pet.* Non contenditur propter res singulas hereditarias: nisi, ut dixi, per consequentiam, quia hæ hereditate continentur. Manebit igitur hæc sententia: sic in rem actionem moveri posse, ubi res de quarum proprietate agitur, constitutæ sunt, ut etiam ibi moveri debeat, si possessor eo revocet; invito autem eo alibi moveri non possit. Hoc ideo constitutum, quo judicium et suam commoditatem in lite exercenda, et suam vim in sententia exsequenda obtineat. Cur diversum sit in petitione hereditatis, satis ostendimus.

XIV. Et hoc nobis certo jus constitutum sit de rebus immobilibus. Quid, si actione in rem de mobili agatur? Idem [13] juris est. Nam aperte Licinnius in *L. quod legatur, D. de jud.* de re mobili legata loquitur: quam ait subduci posse, de ea agi, ut exhibeatur. In quo genere tamen nihilominus idem illud constituit, ut dicat si per in rem actionem exigatur, ibi peti debere, ubi est. Sed repugnare videntur *L. si res mobilis*, 10. et duæ seqq. *D. de rei vind.* quibus in locis de re per actionem in rem petita ita statuitur, ut declaretur fieri posse, ut ea res alibi sit, quam ubi petitur, eoque ut alibi petatur, quam ubi est. Sed et hoc verum est, neque nunc id negamus. Non enim simpliciter dicimus actione in rem agi debere, ubi res est sita, de qua agitur: sed debere ibi rem peti ab initio, et peti desiderante possessore, qui nihil in re transferenda dolo malo fecerit. Quamobrem sine offensione superioris juris tribus modis fieri potest, ut alibi res mobilis sit, alibi de ea recte agatur. Primum si cum de ea re actum esset ab initio, ubi erat, postea pendente judicio translata sit alio a possessore. Tum si cum consentiente possessore alibi ab initio agatur. Est enim in consentientem cujusvis judicis jurisdictio. *L.* 1. *D. de judic.* Et licuit reo juri per se introducto renuntiare. *L. penult. C. de pact.* Postremo si possessor dolo malo rem alio transtulit, quam ubi erat pro commodo petitoris. Sic enim reus etiam ubi domicilium habet, conveniri poterit, quasi ibi possideat: quia pro possessore dolus est. *L. parem. L. qui dolo. D. de regul. jur.* Quorum cum nihil superiori juri adversetur, manere oportet jus idem cum in rebus soli, tum in mobilibus, ut si de earum proprietate agatur, seu si per actionem in rem exigantur, ibi desiderante possessore peti debeant, ubi constitutæ sunt.

CAP.

13) Veluti si civis Noribergensis equo vectus Lipsiam veniat, Quæritur, an Lipsiæ equus vindicari possit? Contentio hac de re vetus inter Azonem, qui idem juris esse in re mobili affirmabat, et Hugolinum, qui negabat, sed in domicilio rei agendum esse contendebat, ut tamen cautionem judicio sisti in loco illo præstare teneatur. Quam plerique ita dirimunt, ut Azonem sequantur, si res aliquo delata, ut ibi aliquandiu sit: Hugolinum vero, si transeat, non mansura; Communem vocat et amplectitur Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Act. Resol.* 4. *n.* 9. quam Monach. *in C. sane* 3. *de Foro comp. n.* 4. probat si res se movens transeat. Verum indistincte Azonem sequuntur usuque forensi probari, perhibent Sichard. *ad L. ult. C. Ubi in rem n.* 3. Vult. *ad L.* 1. *C. eod. n.* 19. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 31. *n.* 16. Quia ratio, quod in his actionibus res spectetur, nec persona nisi propter rem, ubique convenit.

CAP. XVIII.

Judicium alicubi cœptum quam vim habeat ad subjiciendum jurisdictioni ejus loci tum reum, tum actorem, & quibus in caussis.

I. SUnt ergo tria ista, quæ unumquemque jam ab initio judicii subjiciant jurisdictioni ejus loci, in quo agitur: domicilium rei ibi constitutum; obligatio ibi contracta; res ibi sita, de cujus possessione aut proprietate agitur. Sed hæc ejusmodi, inquam quæ quemque invitum subjiciant jurisdictioni jam ab initio quanvis nullo adhuc judicio adversus eum instituto. Quod si judicio agi cum aliquo cœperit, hic nova caussa jurisdictionis subeundæ nascitur, et ea quam quartam inter superiores quatuor initio posuimus; judicium cœptum videlicet, cujus potestas est ea, ut litigatores in eodem judicio retineat, eodem loco, et apud eumdem judicem: sed varie, ut est judicium cœptum.

II. Judicium dicitur cœptum dupliciter: aut enim institutum tantum est, aut id quod proprie in usu juris dicitur cœptum judicium. Instituitur judicium tunc, cum primum reus in jus vocatus est. Hinc enim initium actionum instituendarum, ut est in §. *ult. Inst. de pœn. tem. lit.* proinde et judicii instituendi, quoniam non est actio sine judicio, ut quæ definiatur jus judicio persequendi. *Inst. de act.* in pr. Cœptum autem judicium in usu juris tunc proprie dicitur, cum judicium acceptum est, seu lis contestata. *L.* 1. *C. de jud.* juncta *L. lite D. de usur.* de quibus verbis in ordine judicii dicitur suo loco.

III. Instituti judicii et vocationis in jus ad jurisdictionem judicis constituendam hæc vis est, ut ubicunque in jus vocatio quem occuparit, ibi eum deinceps in eo judicio retineat: ut quanvis postea alterius fori esse cœperit etiam ante litem ibi contestatam, nihilominus in posterum se ibi defendere debeat, non secus quam si perpetuo ibi ejus forum esset in ea caussa, de qua agi cœpit. Hæc illa est definitio Ulpiani quæ exstat in *L. si quis posteaquam*, 7. *D. de jud.* in hæc verba: *Si quis posteaquam in jus vocatus est, miles vel alterius fori esse cœperit, in ea caussa jus revocandi forum non habebit, quasi præventus.* Primum hoc exigimus, ut reus sit in jus vocatus. Hoc sic accipiemus, si modo sit recte vocatus, et ibi ubi se reus tum defendere debuit: puta ubi domicilium habuit, vel ubi obligatio contracta est, de qua agitur. Quod si alibi quis in jus vocetur, non ideo magis se in posterum ibi defendere debebit. Nam quæ injusta vocatio est, eadem est inutilis, perindeque habetur, quasi non intervenisset. *L. non dubium. C. de legib.* et perabsurdum sit dici, quæ ab initio non tenuit reum, eam per se collige-

re vires tempore, ut reum magis teneat in futurum: cum etsi nova caussa rei confirmandæ incideret postea, tamen placeat, quod initio vitiosum est, tractu temporis non convalescere. *L. quod initio, D. de reg. jur.* Simpliciter quidem Ulpianus definitionem concepit de eo qui in jus vocatus est. Sed scimus in usu juris verba cum re et effectu esse accipienda. *L. 1. §. 1. D. quod quis. jur. L. pen. §. 1. D. ne quis eum qui in jus vocat. est, vi exim.* ut factum intelligatur, quod jure factum est, et valuit: quoniam quod contra fit, pro infecto est, ut dixi. Sic condemnatum dicimus eum, qui rite condemnatus est. *L. 4. §. condemnatum, D. de re jud.* sic cavisse et satisdedisse eum, qui recte non vitiose cavit, satisdedit. *L. quoties. D. qui satisd. cog.* Qui ab invito in jus vocatus est, ubi per jus licebat, is ibi deinceps se defendere debet; quanvis postea, inquit Ulpianus, alterius fori esse cœperit. Alterius fori quis esse incipit postea duobus modis; aut [1] domicilio mutato, aut novo privilegio quæsito proprii judicis. Domicilio mutato, cum quis ab initio vocatus est in jus ubi domicilium habuit, deinde domicilium alio transtulit. Transferendo desiit prius domicilium illic habere; proinde et forum: cum novo autem domicilio etiam forum eo transtulit, ubi novum domicilium est. Est enim forum commune cujusque, ubi is domicilium habet. *L. 2. C. de jurisd.* Hoc dicimus, eum qui ita transtulit, sive volens fecit, sive necessitate aliqua coactus; tamen jus revocandi novum forum non habere: sed se ibi defendere debere, ubi prius domicilium habuit, ubi et in jus recte vocatus est. Novo privilegio quæsito proprii judicis idem accidit, cum qui vocatus erat, mutata conditione personæ proprium judicem habere cœpit, ad quem beneficio juris revocare possit. Veluti, si quis posteaquam in jus vocatus esset, ubi domicilium habebat, aut contraxerat, quibus in locis recte conveniebatur, postea miles factus sit, aut [2] studiosus alicui Academiæ subjectus. Militibus judices militares attributi sunt, ad quos revocant, cum conveniuntur. *L. magisteriæ, C. de jurisd.* et studiosis item attributi Accademiæ rectores. *auth. habita, C. ne fil. pro patr.* Si hi ante hoc privilegium alibi recte vocati sunt in jus, non consequentur novo privilegio suo, quominus ad extremum se ibi defendere debeant, ubi ab initio recte vocati sunt.

IV. Atqui jus novum quæsitum est reo. Quid ni igitur et post vocationem eo jure recte utatur: cum constet nulli mortalium jus suum esse detrahendum? *L. 2. in pr. D. de his qui sunt sui vel alie. jur.* Occurrit objectioni Ulpianus, et superioris juris rationem reddens, eo fieri ait, quod reus in vocatione sit præventus. Optima ratio si recte accipitur. Hanc autem vim habet: Cum quis ab initio recte alicubi in jus vocatur, lex vocato hanc necessitatem imponit, ut se ibi sistat judicio, atque ibi judicium suscipiat, pro commodo actoris. Hoc enim illud jus est, quod ante diximus, unumquemque ubi domicilium habet, aut ubi contraxit, conventum se ibi defendere debere. *L. heres, §. 1. §. ult. D. de jud.* Hujus juris commodum eadem opera actori vocatione in jus acquiritur. Quæsitum semel, amplius invito adimi non potest. *argu. in L. ult. D. de pact. d. L. 2. D. de his qui sunt sui vel alie. jur.* Nec quidquam profuerit reo novum beneficium aut privilegium revocandi forum. Nam hoc privilegium [3] prævenit actor jure sibi quæsito per in jus vocationem: quod jus quæsitum non potest illi a reo adimi, ut ante dixi. Quod ut fiat certius, generaliter defi-

1) Vult. *ad L. 4. C. de Jurisd. n.* 19. Non tantum huic juri locum esse scribit in casibus translati domicilii aut prorogatæ jurisdictionis, sed etiam preventionis ubi plures jurisdictiones concurrentes, ac nullus superior vel inferior. *Ibid. n.* 24. Proprie, ait, litis pendentiæ exceptio est, cum jurisdictiones sunt concurrentes; quandoque tamen etiam objicitur, si judices invicem subordinati, ut si coram inferiore caussa introducta, nedum decisa, introducatur coram superiore.

2) Alias vero studiosum variare posse usque ad litem contestatam, vult Rebuff. *Priv. Scholast.* 153. quod non probat Pac. *in Auth. habita C.* 10. *n.* 3. Reum quoque criminis si se voluntariæ militiæ dedat, apud judicem militarem audiri, nec remitti ubi postulatus per *L.* 4. §. 5. *de re milit.* Cl. Cloteræ. *Lib.* 2. *de Privil. mil. C.* 8. Quid si laicus post præventionem habitum monasticum vel ordinem sacerdotii assumpsit? Variant DD. vid. Jo. Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de Prevent. C.* 4. *n.* 8. Joan. de Arnono *Singul.* 29. Hieron. Alban. *in Add. ad Bart. L.* 19. *de iurisd. lit. D.* P. Frider. *Lib.* 3. *de Cont. causs. C.* 5. *n.* 6. Plane privilegium non affectatum, sed principis motu proprio concessum prodesse etiam ad litem jam cœptam transferendam, Senatus Lusitaniæ judicavit, Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 24. *et seq.*

3) Præventio itaque proprie dicetur ratione rei, hocque differt a litis pendentia, quod hæc utriusque ratione dici solet, nec vere inducitur ante litem contestatam, ut Donellus *infra n.* 5. Quin et Myns. 4. *Obs.* 26. plura requiri ad litis pendentiam, quam ad præventionem docet. Etsi passim nonnulli hæc confundant, et vulgo exceptionem præventionis, non minus ac litis pendentiæ, a reo actori objici, vid. Zanger. *de Except. P.* 2. *C.* 3. *et Cap.* 12. Gail. 1. *Obs.* 74. *n.* 18. tanquam si actor æque præventus dici possit. Decian. *Lib.* 4. *Tr. crim. C.* 20. *n.* 2. duplicem statuit præventionem (1) qua judex prævenit alium, vid. *supra C.* 9. *N.* 13. (2) qua pars dicitur præventa. Et Marta *P.* 2. *de Iurisd. C.* 2. *n.* 4. considerari eam (1) respectu judicis præventi, ne se amplius intromittere possit (2) respectu partium, ne forum mutare queant. Et Paurmeist. 2. *de Iurisdict. C.* 5. *n.* 106. Præventionem expediri sola in jus vocatione, ut qui parem jurisdictionem habet, eam impedire nequeat. Nam judex, qui prævenit, alteri inhibere potest, ne procedat, legitimisque remediis jurisdictionem suam defendere, Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de Prævent. C.* 4. *n.* 3.

finiemus; quoties jure alicui onus aliquod injungitur, si ad id onus defugiendum est aliqua juris excusatio, toties eam excusationem adesse oportet reo, cum onus injungitur. Post injunctum quæsita ad id quod injunctum est detrectandum nihil proficat. Exempla hæc sunt: Tutor ab initio recte petitus ad tutelam, quanvis postea privilegium nactus sit, ne tutor fiat, nihilominus ex superiore petitione tutor erit, quasi præventus. *L. tutor petitus*, 28. *D. de excus. tutor.* Item incola, idest, qui alicubi domicilium constitutum habet, muneri alicubi publico destinatus, sic cogitur munus delatum obire, ut quanvis posteà mutet domicilium, atque hoc modo cæteris in rebus desinat esse incola, in hac tamen non desinat, certe non nisi perfecto munere ea administratione liberetur. *L. incola* 24. *D. ad munici.* Sic in proposito qui in jus vocatus est, cum ei imponatur hoc onus jure, ut ibi subjiciatur jurisdictioni: si ab initio beneficium aliquod habuit revocandi forum alio, eo beneficio recte utitur. Si non habuit, prævenit actor, et quodcunque privilegium postea reus nactus fuerit, nihil ei profuturum est, ut jus actori quæsitum invito extorqueat.

V. Quod tamen dicimus eum qui in jus vocatus est, novo privilegio proprii judicis uti non posse, quominus ibi se defendere cogatur, ubi in jus vocatus est, videtur negari in *L. qui autem. D. si quis caut.* ubi Pauli hæc verba sunt; eum qui novo privilegio utitur, non videri in eadem caussa sisti. Certum est hoc dictum esse de eo, qui in jus vocatus erat, deinde vocatus se judicio sistit, ubi et privilegium suum allegat. Nemo enim cavebat clam judicio sisti, aut de alio quærebatur, ut se ob cautionem judicio sisteret, quam qui in jus vocatus erat; cujus erat ne duceretur, isto modo cavere. Inducto *titu. D. in jus. voc. ut eant, vel sat. vel caut. dent.* De hoc tamen vocato Paulus definit, si se sistens novo privilegio utatur, non videri eum in eadem caussa sisti. Innuit ergo eum novo privilegio uti posse, et quidem ita, ut non videatur sisti in eadem caussa. Quod non fit aliter, quam si cum prius ibi se defendere deberet, ubi vocatus est, nunc sic utatur privilegio, ne se ibi defendere cogatur. Quorum nihil negari potest, neque tamen hic quidquam definitioni ei quam supra posuimus adversatur. Non enim dicit Paulus eum qui in jus vocatus est, omni privilegio novo adversus priorem vocationem uti posse, aut posse semper: sed significat posse uti aliquo, et posse aliquando. Quod et verum est. Nam primum si patitur actor, ut reus privilegio suo usus alio revocet, nihil caussæ est, cur is ex quovis privilegio non recte revocet: quoniam licuit actori juri suo renuntiare. *L. pen. C. de pact.* Et tamen ex definitione Pauli verum erit reum ex privilegio alio revocantem non videri stitisse in eadem caussa: eoque et adversus eum committi stipulationem judicio sisti in id quod actoris interest: ut fit in venditore qui rem a se venditam evincit emptori. Erat enim emptori initio exceptio, qua vindicantem summoveret: si tamen omissa exceptione passus sit, se evinci, habet nihilominus adversus venditorem actionem ob evictionem. *L. vindicantem*, *D. de evict.* Quod si actor non patiatur actionem alio transferri, sed velit caussam ibi agi, ubi reus in jus vocatus est: tum quidem non potest reus ad eam rem omni privilegio uti: at potest aliquo. Quid enim, si quis post vocationem dux belli factus, aut ad opera principi necessariam accitus impetrarit nominatim a [4] principe certos judices, ad quos revocare liceret non tantum caussas futuras, sed etiam eas quæ alicubi cœptæ essent? quod multis vel propter utilitatem publicam, vel propter amplitudinem aut gratiam a principe tribui solet. Nemo dubitabit, quin eo privilegio quod nominatim ad omnes caussas pertinet, in cœptis etiam uti liceret, sic tamen, ut nihilominus hic quoque committatur stipulatio judicio sisti adversus eum qui id faciat, quem verum est in eadem caussa non sisti, in qua tum fuit, cum vocatus est. At propone duo hæc conjunctim: actorem nimirum, qui reum alio revocantem non ferat; tum reum qui privilegiis sibi simpliciter vel jure publico, vel a principe concessis utatur. Dicemus neminem his adversus priorem vocationem uti posse. Omninoque ita definiemus, quæcunque beneficia proprii ju-

4) Imperator enim potuit ordinem et jurisdictionem turbare, et caussas ad suam cognitionem pro libitu revocare, Vult. *ad L. un. Cod. Quand. Imp. int. pup. n.* 11. Sicuti et hodie Princeps quilibet caussas, in sua curia vel civitate aliqua pendentes, ad se avocare potest, *idem ad L. 1. C. de iurisdict. n.* 137. ubi de avocatione caussarum seu litis pendentis ad alium judicem citra appellationem translatione pluribus agit *n.* 169. *et seqq.* et Zang. *P.* 2. *de Except. C.* 1. *n.* 145. Bocer. *de Iurisd. C.* 7. *n.* 49. *et seqq.* Quæ avocatio sine justa caussa nec a principe fieri debet. Wes. *in Auth. qua in provincia C. Ubi de crim. n.* 15.

judicis cuiquam tributa sunt simpliciter, ea ad futuras tantum caussas, non etiam ad certas pertinere: propterea quod ita omnia beneficia principis esse soleant, ne cui tribuantur cum alterius injuria. *L. nec avus, C. de emanc. L.* 2. §. *si quis a principe, D. ne quid in loco publ.* Proinde ne his jus alteri ante quæsitum adimatur. Atqui et de actore repugnante nunc agimus, et quibus privilegiis negamus reum forum revocare posse, ea ipsa sunt, quæ jure publico aut a principe simpliciter tribuuntur, ut militibus, aut alterius fori incolis, de quibus definitio *L. si quis posteaquam*, concepta est.

VI. Atque hæc instituti judicii et vocationis in jus vis est ad constituendam judicis ejus loci jurisdictionem, in quo judicium cœpit institui. Accepti autem judicii, seu litis contestatæ ad eamdem rem vis triplex. Nam et litigatores in eodem judicio retinet; et quod huic juri consequens erat, eosdem retinet in conjuncto, et actorem privatim mutuæ petitioni in eodem judicio subjicit. Prima hæc judicii accepti vis est, ut litigatores in eodem judicio et eodem in loco retineat, jurisdictione nimirum ejusdem loci ita utrique litigatori constituta, ut neuter invito altero eam possit mutare. Hoc illud est, quod definitur in *L. ubi*, 30. *D. de jud.* ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debere: alias ubi cœptum, eodem sensu, ut ante cœpti judicii propriam significationem esse ante diximus. Hæc definitio generalis est, et non ad reum tantum, sed et ad actorem pertinet. In reo hoc efficit, quod et jam ante vocationi in jus tribuimus, ut judicio accepto quanvis reus alterius fori esse cœperit, non tam revocare forum possit, sed cogatur persistere in judicio cœpto, donec apud eumdem judicem et eodem loco finem acceperit. Si hoc in eo qui tantum in jus vocatus est, valet, multo magis adversus eum, qui cum jam judicium litis contestatione constitutum esset, valere debuit: multo etiam magis, si res adversus eum judicata. In quam rem extat Ulpiani responsum ex facto in *L. pen. D. de juris.* Puella judicio conventa erat, ubi vel domicilium habebat, vel pater ejus contraxerat, cujus ex persona tanquam heres conveniebatur. Judicio cœpto et lite contestata nupsit ei viro, qui alibi domicilium habebat, cujus et domicilium per conditionem matrimonii mulier secuta est. Respondet Ulpianus sive mulier ante quam nuberet condemnata est, sive cognitio tantum adversus eam [5] suscepta, nihil mulieri prodesse matrimonium, et conditionem viri, quominus quo loco judicium cœptum est, ibi et finem accipere, ac sententia excusationi mandari debeat. Quæ cum, ille de ea muliere respondet adversus quam lis contestata erat, sciamus non ideo negare eum, quin idem probandum sit etsi puella in jus tantum vocata esset, et post eam vocationem alio transtulisset domicilium. Subjicit enim eodem loco, *quod generaliter et in omnibus hujusmodi casibus observandum.* Similes casus utique intelligens omnes, quibus eodem modo prævenitur puella, aut quisquis est, cum quo judicium instituitur, impediturque quominus novo privilegio fori postea utatur. In quibus est eodem auctore in jus vocatio. Nam et Ulpianus *L. si quis posteaquam*, auctor est.

VII. Eadem definitio et ad actorem pertinet: atque hoc efficit, ut cum actor de re contracta possit ab initio cum reo experiri duobus locis, vel ubi reus domicilium habet, vel ubi contraxit, si semel de ea re alicubi judicio agere cœperit, et lis ibi erit contestata, jam amplius ea electione uti, et alio convertere actionem [6] non possit invito reo: etsi maxime forum rei, aut alioqui proprium ejus judicem sequatur. Nam et reo ibi ubi judicium acceptum est constituta est ejus loci jurisdictio, cujus commodum ei invito adimi non potest. Quamobrem ipso desiderante recte ipse quoque actor alibi agere instituens revocatur ad superiorem definitionem, jubeturque pati, ut judicium ibi finem accipiat, ubi acceptum est. Nam eadem necessitas, ut existimo, eodem in loco retinendæ actionis imponitur ei actori, qui reum in ius vocavit, nec processit longius. Nam cum vocatus nondum venerit ad iudicem, aut nondum per litis contestationem subierit iudicium iudicis, ad quem vocatus est, eiusque iurisdictionem hoc modo suam fecerit; nihil habet omnino cur reus iurisdictionem sibi retineat, quæ

5) Ubi verba *post susceptam cognitionem*, litis contestationem arguunt, Govean. *ibid. n.* 1. Vult. *ad L.* 4. *C. de iurisdict. n.* 32. contra Zas. *ad d. L. pen. n.* 16. et Coras. *n.* 4.

6) Quo et respicit *L.* 4. *C. de iurisd.* Et ratio tum ex judice ne desultoria levitate adito alio illius spernatur auctoritas, jure publico constituta: tum ex litigatoribus, quia litis contestatione, quæ judicio initium præbet, quasi contrahitur, a quo quasi contractu altero invito recedere non licet, Vult. *ad d. L.* 4. *n.* 11. *et seq.*

quæ illius non est. Proinde quominus ante litem contestatam ex [7] pœnitentia actoris recte vocetur alio, ubi alioqui ex jure communi forum habet, nihil est impedimento. Ideo consulto definitio superior concepta est de judicio non quovis cœpto aut instituto, sed accepto: dum hoc intelligi volunt veteres, definitionem quæ generalis erat, et utrumque litigatorem complectebatur, in judicio accepto locum habere posse; in eo quod institutum tantum esset, non posse. Nec vero hoc judicium removendi alia caussa esse potuit, quam quod in eo non potest exigi ab actore, ut quo loco semel reum in jus vocavit, ibi et judicium patiatur manere: cum hoc contra a reo vocatione prævento recte exigatur.

VIII. Secunda accepti judicii vis est, nata ex priore, qua placet, ut quemadmodum in ipso judicio cœpto, sic et hoc finito litigatores in conjuncto tanquam in eodem judicio retineat. Conjuncta judicia in hac re habita sunt duo, judicium possessionis et proprietatis. De his exstat constitutio Constantini in *L. nulli*, *C. de jud.* huc pertinens, qua cavetur, quo in loco prius de possessione actum est, quicunque is erit locus, etiam eo loco de proprietate rei agi debere, etiamsi rebus integris reus ibi se defendere non cogeretur; puta, quia res alibi sita esset. Et additur ratio in eadem constitutione, quia [8] continentiam caussæ dividi non oportet. Continentiam [9] vocat conjunctionem et connexionem horum judiciorum. Quæ et re vera ita conjuncta sunt, ut pro uno verius habeantur, unde et constitutio non continentiam caussarum vocat quasi in diversis, sed caussæ, tanquam in una eademque caussa. Et merito. Omnis enim de possessione controversia eo spectat, ut sit hinc gradus ad petitoriam actionem: dum hoc agitur, ut constituatur, uter sit petitor, uter possessor: sine quo ad petitoriam actionem, idest, ad actionem in rem de proprietate perveniri non potest, §. *retinendæ*, *Inst. de interd.* ut vere quis dixerit [10] judicium de possessione initium esse, et tanquam vestibulum petitoriæ actionis. Hæc est illa conjunctio caussæ, quam hic dividi lex vetat: dum hoc statuit utriusque controversiæ unam caussam, unum judicium esse. Quod si ita est, merito quod uno judicio cœpto fieri diximus, id receptum est et in conjuncto, tanquam in partem unius ejusdemque judicii.

IX. Tertia vis judicii accepti et præcipue ani-

7) Convenit Zang. *d. C.* 1. *n.* 82. Actori eligendi facultate tribuens, donec lis contestetur. Antea variatio libera arg. *L.* 112. *pr. de V. O.* Sed nec propter litis contestationem electo amittitur, contra *L. nemo* 87. *de R. I.* verum propter electionis necessariam remissionem. Jure vero Canonico quo utimur, idem effectus solius citationis, ait idem *n.* 84. et Frider. *Lib.* 1. *de Process. extr. C.* 43. *n.* 1. Unde sola citatione litis pendentiam ac præventionem (plerumque enim confundi solent) induci scribunt, ut citatus primo ab uno judice, cujus de eadem caussa jurisdictio, posteaque ad alium vocatus, exceptione præventionis seu litis pendentiæ objecta, hujus cognitionem defugere possit, Gail. *Obs.* 74. *n.* 18. P. Wesenb. *Cons.* 16. *n.* 30. Myns. *Dec.* 3. *Resp.* 24. *n.* 21. Decian. 4. *Tr. crimin.* 21. Marta *de Jurisd. P.* 2. *C.* 3. Monach. *in C. proposuisti pen. de foro comp. n.* 4. *et seqq. et Pract. Judic. P.* 2. *Tit. de Prævent. C.* 3. Zang. *P.* 2. *de Except. C.* 3. et *C.* 12. Vultei. *ad L.* 2. *C. de jurisd. n.* 12. *et ad L.* 4. *C. d. t. n.* 30. Quod et Cujac. 13. *Obs.* 11. ex constitutione quadam Græca, quæ jam in Codice habetur *L. ult. C. de in jus. voc.* probat. Male vero illi nituntur *L.* 7. *hoc tit. et d. C. proposuisti pen. de foro comp.* Quia utrobique necessitas manendi in judicio reo injungitur, non actori. Sicuti nec argumentum hoc, quod ante litem contestatam nulla proprie sit lis, ideoque nec pendens dici possit, vere elidit. Resp. Volteii *d. n.* 30. quod proprietas illa, ad judicii instructionem pertineat. Quoad jurisdictionis autem exercitium nil referat, lis dicatur ante litem contestatam, an controversia. Ut tamen lis ex citatione ante litis contestationem pendere, dicatur, hæc requirit Mynsing. 4. *Obs.* 26. Ut citatio apta, a judice competenti perfecta, ad reum pervenerit, aut per eum factum ne perveniret, ex eaque litis specimen ac forma cognosci potuerit, ac a nuncio legitime insinuata sit. Quod si caussa citationi non inserta, litis pendentiam non prius induci, quam si actor in termino comparuerit, et libellum porrexerit Zang. *d. C.* 12. *n.* 2. Sane antequam citatio emissa, actor poterit alium adire, et tunc uter prius citaverit ejus jurisdictio alteram præveniet, Zanger. *d. C.* 3. *n.* 8. Sed et si reus contumax fuerit in judicio, quo agi cœptum, exceptione hac non tuebitur, Zanger. *d. C.* 3. *n.* 5. Monach. *d. Tit. de Prævent. C.* 3. *n.* 5. post Bart. *in L.* 30. *k. t. n.* 3. Hipp. de Marsil. *Sing.* 239. Hinc Coler. *Decis.* 280. *P.* 2. conventum prius loco destinatæ solutionis, nec sui copiam facientem, si deinde adeatur judex domicilii, exceptione hac non defendi, aut ad illum locum revocare posse, ne sua ipsi contumacia prosit. In executivis quoque huic juri locum non esse volunt, sed actori variationem licitam: Ac pendente executione coram uno, posse alium abiri ac diversa remedia intentari sine metu, exceptione litis pendentis. Veluti si quis in possessionem missus, potest etiam capturam petere, nec pendentia litis super uno præjudicat alteri Trentacinq. post alios *Lib.* 2. *Resolut. pract. Resolut.* 10. *de Judiciis.*

8) Cujus tamen alia ratio, quam præventæ jurisdictionis, Gæd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 32. Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 26. *n.* 13. *et seq.* Continentes enim et connexæ caussæ dicuntur quæ communem rationem habent, ob quam una sine altera plene et liquido cognosci nequit. Quod tribus modis fieri, docent Gæd. *d. C.* 1. *n.* 29. *et seqq.* Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 32. *n.* 14. Hackelm. *Disp. Pand. ult. P.* 2. *Th.* 11. *et seqq.* (1) Ob cognatam facti jurisque cognitionem. (2) Ob præjudicium. (3) Ob generalitatem actionis et caussæ, quæ facit, ut rei diversi fori coram uno omnium superiore recte conveniantur. Ex quo capite de caussis in prima instantia ad Cameram non pertinentibus, quotidie impetrari processus, Volt. *ad L.* 4. *C. de iurisd. n.* 27. Alii quadruplicem faciunt continentiam, vid. Paurmeist. 2. *de Iurisd.* 4. *n.* 111. Et de hac materia Menoch. 2. *Arb. C.* 93. *et C.* 371. ubi de pœna contra facientis. Wesenb. *ad L.* 10. *C. de iudic.* Meland. *Comm. Cameral. P.* 1. *f.* 59. *et seqq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Resol. pract. Res.* 3. *de Iudic.* P. Frider. *de Process. extrah. Lib.* 3. *de Contin. causs. etc.*

9) Continens enim vocamus quod conjunctum est, ut continentia ædificia *L.* 2. *L.* 87. *de V. S.* Duar. *de Iudic. C. de Var. Iudic. præcept. f.* 163. P. Frider. *d. Lib.* 3. *C.* 1. *n.* 4.

10) *Cap.* 1. *extra de Cap. propr. et poss.* Non obstat *L.* 12. §. 1. *de acq poss.* Significat enim harum rerum diversa esse judicia, eoque respectu dissentire, non tamen quoad fori competentiam, Zanger. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 111. Et origine sua hæc caussæ separatæ: quoad usum vero procedenti, modum probandi, medium perveniendi ad dominii certitudinem, ejusque decisionem connexas habent partes, Gæd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 53. A. Fab. 20. *Coniect.* 7. *d. L.* 10. *C. de Iudic.* restringit ad casum quo judex datus ab eo, cujus jurisdictio de utraque possessionis et proprietatis caussa competens, alterutri vero privilegium fori est per verba, *ex beneficii prærogativa.* Quod si jurisdictio non competens in utroque negocio, absurdum non esse caussam dividi. Sicuti in caussis rerum spiritualium de possessione cognoscit laicus, de proprietate ecclesiasticus, et convenit Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 32. Sic nec eum, cui mandata est jurisdictio, in caussa possessorii, cognoscere posse de caussa petitorii, Bocer. *de Iurisd. C.* 6. *n.* 41.

animadvertenda ad actorem proprie pertinet. Qua fit, ut judicio accepto subjiciatur actor [11] mutuæ petitioni rei in eo loco in quo actor litem movit, quanvis prius [12] ibi judicium pati non cogeretur. Id autem est, quod comprehensum est alia definitione, quæ extat in *L. qui non cogitur*, 22. *D. de jud.* in hæc verba: *Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eumdem judicem mitti.* Ut puta: civis Coloniensis egit Antuerpiæ cum cive Anturpiensi, quod is ibi domici-

11) Quæ a DD. Reconventio vocatur, qua fieri Prorógationem jurisdictionis necessariam, docent Marana *Specul. P. 4. Distinct.* 6. *n.* 30. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 21. *n.* 36. quam legalem nuncupat Paurmeist. 2. *de Jurisd.* 7. *n.* 63. ICti dicunt invicem agere et petere. Et usu juris mutuæ actiones et petitiones *L.* 1. §. *ult. Quæ sent. si appel. L.* 34. *de Prócur. L.* 15. *de exc. rei jud. L.* 11. §. 1. *de jurisd. L.* 38. *Mand. L.* 1. §. *ult. de exir. cog. L.* 6. *C. de compers. L.* 1. *C. Rer. amot. tit. extra de mut. petit.* Etsi has latius patere velit A. Faber, cum et diversis judicis agitari possint. Cujus, conventiones hasce angustissimis finibus includentis sententia, cum speciosa pariter sit atque ab omnium interpretum opinione aliena, non temere fuerit, si brevem ejus et perspicuam summam hic inserendo, lectoris sinceri judicio et collationi exponam. Ita igitur Faber 20. *Conject.* 5. Juri veteri incognitæ reconventiones, ad usque Papinianum. Quia olim lite contestata dabatur judex præscripta formula, qui non poterat esse competens in reconventione, quippe in eam caussam non datus. Ergo si reus contra agere volebat, nova actione instituta, id fiebat, alio judice accepto, etsi quandóque idem daretur ex justa caussa, ut *L.* 1. *et* 2. *De quib. reb. ad eund. iud.* Ubi mutuæ quidem actiones, sed non reconventiones, verum diversæ inter se et diversis judiciis, etsi apüd eundem quandoque (quia non idem judicium) agitandæ. Reconventio autem non omnis mutua actio, sed quæ et diversa, ei eodem judicio exercetur. Addit *C.* 8. olim de duabus actionibus unum judicium fieri non potuisse, quia idem erat dictare judicium, et dictare actionem, et obsistebat ratio *L.* 23. *de judic.* Quare pergit *d. C.* 5. in judiciis divisoriis nulla reconventio, quia ibi unica actio, sui natura duplex. Et *L.* 1. §. *ult. Quæ sent. si appell.* de mutuis petitionibus loquitur, at non de reconventione, quia ibi agitur de duabus sententiis, diverso tempore prolatis. Primus Papinianus reo indulsit, ut actorem reconveniret, modo ex negocio mutua actio proficisceretur. Non ex ratione juris quæ adversa ut supra, sed æquitatis, quæ in *d. L.* 14. *C. de sent. et interloc.* ita tamen ut non tollat exceptionem incompetentiæ jurisdictionis, ut DD. omnes, sed judicis tantum. Hæc enim sola removetur *d. L.* 14. vers. *nulla opponenda*, quia tempore Papiniani judex alius, a jus dicente. Ergo, Papinianus intelligi non debet nisi de judice pedaneo, dato ab eo, cujus jurisdictio competens. Nec eadem ratio facit, ut actor in reconventione subjiciatur incompetendi alias magistratui. Quando nihil ei imputari potest, quod eum adjecerit, cum, ex juris ordine *L.* 2. *C. de jurisdict.* alium adire non licuerit. Nec dici potest prorogata jurisdictio cum quod quis ex necessitate facit, inde consensus inferri non debeat. Accedit quod agendo conditio non sit deterior *L.* 86. *et seq. de R. I.* Quoad judicem vero pedaneum imputari potest, cur eum elegerit vel sortitus fuerit, quia facere poterat, ut alius daretur. Hoc igitur vult. Papinianus supposita competenti jurisdictione (si uterque litigans ejusdem fori, ac judex datus Cajo actori contra Titium reum ab eo prætore, qui idem Titio agenti contra Cajum judicem dare potuit) tolli incompetentiam judicis, quasi tacite prorogata natione, ultra quam verba formulæ paterentur. Modo tamen reconventio sit de eodem negocio, super quo judex datus. Veluti si petentem 100. actione venditi, reconvens actione empti ad id, quod interest fundum liberum esse, qui servus forte vel pigneratus. Non si de alio: ut si 100. petentem ex stipulatione reconvenis ex caussa mutui. Atque hæc ex sententia Papiniani. Sequitur *Cap.* 6. Quam Justinianus auctam voluit *d. L.* 14. In quo auxerit *ibid.* obscurum. Videtur quod Papinianus eo casu admiserit, quo reus absolvi poterat. Justinianus amplius etsi nec condemnaverit, nec absolverit reum judex, in solum actorem posse ferri sententiam. Inter quæ interest: Illic tantum plus facit judex, quam formula tribuit. Hic vero nihil eorum, quæ formula præscripta sunt. Plane magis extendit Justinianus in *Nov.* 96. *C.* 2. *Authent. et consequenter Cod. d. t.* Dum hæc nove constituit. Pro actore duo (1) Ut non possit reconveniri apud alium, nisi finita lite conventionis. Olimvero licitæ mutuæ petitiones apud diversos, eodem tempore, ut ex *d. C.* 2. apparet. Unde incommodum protractionis litium. Tametsi et olim qui prior vicerat, exsecutionem non impetrabat, nisi altera quoque lite finita *d. L.* 1. §. *ult. Quæ sen. si app.* (2) Ut si apud eundem judicem reconveniretur in diverso negocio possit cum intra 20. dies si forte suspectus, recusare, contra juris rationem, qua semel approbatus, recusari deinde, nisi ex nova caussa, non potest. Sed ex quo inductum, ut reconventio teneat quoque super diverso negocio, ita statui convenit, quia non suspectus in uno negocio potest esse in alio. Pro reo hoc unum, quod etiam de alio negocio vicissim recte agit apud eundem, modo is non recusetur, ut antea. Quanquam ex Halexandrina versione *d. Nov.* 96. *C.* 2. accipi debet de recriminatione, seu mutua accusatione. Sive autem de hac loquatur, sive de reconventione civili, restringi debeat ad eum casum, quo judex de utroque negocio ab eodem magistratu dari potuit, seu quo dantis judicem de utraque caussa et in utramque personam jurisdictio. Subdit idem *C.* 7. non obsistere *d. L.* 22. *h. t. judic.* ubi verba *in aliquo loco*, arguunt incompetenti etiam jurisdictioni actorem ex reconventione subjici. Nam resp. loqui eam non de eo, qui non potest ibi judicium pati, ubi magistratus incompentens, nisi expresse consentiat jurisdictionem prorogando, sed qui *non cogitur* ex privilegio scilicet (militiæ vel sacerdotii *L. pen. C. de pact.*) habens præscriptionem fori, quæ jurisdictionem competentem (sicuti exceptio actionem) præsupponit. Pone: Miles civis Romanus alium civem convenit coram prætore urbano. Reconvenitur. Q. An eadem fori præscriptio, quæ esset si reus ultro convenisset? Neg. *d. L.* 22. sed eumdem judicem mittendus, scilicet si jurisdictionem habeat in litigantes, qui ad eum mittit. Ergo reconventio tollit privilegium fori, non tamen competentem jurisdictionem facit. Quanquam Faber. *etc. seq.* 8. vix secum in hoc convenit, scribendo *d. L.* 22. non de reconventione loqui, sed de diversitate judiciorum, quanvis in eodem loco exercendorum. De qua speciosa sane, et quæ facile aliquem turbare saltem possit, ast ab omnium interpretum traditionibus, et judiciorum usu nimium quantum abhorrente sententia, malo te, Lector, judicium pro libitu facere, quam accuratius singula expendere. Uuum istud paucis, hasce me argutias a recepta opinione non abducere. Quas vel inde convelli puto, quod jure novo *L.* 2. *C. de pedan. jud.* potestas dandi judicis restricta nimis, ipsisque magistratibus cognoscendi juncta necessitas, ut *infra Cap.* 22. Nec igitur congruit vel *d. L.* 14. vel *d. Nov.* 96. *C.* 2. de judicibus datis accipere, cum et magistratus passim judices vocari legamus, etiam mediæ prudentiæ ætate, vid. *infra C.* 21. *N.* 3. maxime vero Justiniani sæculo, et *d. C.* 2. vocet judices *gloriosissimos*, quod epitheton majoribus magistratibus, minime vero pedaneis judicibus, convenit. Quin imo ex reconventione actorem jurisdictioni subjici probat *L.* 2. §. 6. *in fi. de judic.* Et quanquam ad hoc regeri forte possit subjici illic jurisdictioni non plane alienæ, sed quæ declinari potest jure domum revocandi, juxta ea, quæ *supra C.* 13. non tamen video quæ major ratio faciat, ut privilegium fori reconventus amittat, et quid hic potius actori imputari possit, quod reum coram eo magistratu, apud quem reconvenitur, lite pulsaverit, quam quovis alio casu quo magistratus illius jurisdictio, apud quem conventionis lis intentatur, ab actore, si prior ipse conveniretur, non declinari tantum potest, sed omnino incompetens. Utut sit hoc certe constat ex *d.* §. 6. defendere se reconventum cogi non tantum in judicio apud pedaneum, sed et in jure apud magistratum. Et *d. L.* 22. probat excipi actiones reconvenientis apud magistratum, et deinde mitti ad judicem litigantes, seu de utraque actione dari unum judicem, unumque judicem, unumque judicium constitui. Quin ergo vetus judiciorum ordo et ritus magis Fabro obsistit. Cui conveniens fuit, ut sicuti aliæ exceptiones ab initio nominatim contestandæ, atque ita in jure ante judicium acceptum proponendæ, nisi naturæ actionis inessent, ut in actione bonæ fidei vid. *infra Lib.* 22. *C.* 8. ita et mutua actio coram ipso prætore, proponeretur, et deinde super utraque unum judicium constitueretur. Adeoque tantum abest, ut coram pedaneo judice solum tenuerit reconventio tempore Papiniani, ut nec unquam coram eodem exerceri potuisse, nisi proposita antea coram magistratu, qui judicem dedit, et nisi nominatim quoque is ad caussam reconventionis datus, verius existimem. Formulæ enim præscriptum veteri jure ita præfracte custoditum, ut vix eidem, æquitatis obtentu, vim facere ausum fuisse Papinianum probabile sit. Et generalis est decisio *d. L.* 22. *h. t.* Ubi verba *non cogitur* æque conveniunt ei qui incompentens, quam cujus jurisdictio ex privilegio detrectari potest, cum et illius judicium ex consensu subiri possit. Et immo verba, *in aliquo loco*, de incompetenti cum primis loqui IC. convincunt. Quia judices proprii ecclesiasticorum, militum etc. non in alio sed eodem territorio habentur. Denique *L.* 1. §. *ult. de extr. cog.* de mutuis petitionibus præsides cognoscere posse diserte traditur. Quod si ita accipi velis, modo uterque litigans ejusdem provinciæ et fori sint, responsum dubium et Jurisconsulto indignum reddetur etc.

12) Adeo ut et in Clericis, etsi ex consensu alias jurisdictionem laici prorogare nequeant, reconventionem coram judice sæculari, modo caussa non sit spiritualis, crebrius admittant, usuque fori servari testentur Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Mut. petit. Resol.* 1. *n.* 32. Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 5. *n.* 18. Maranta *P.* 4. *Dist.* 6. *n.* 53. Io. Petr. Molignat. *de Reconvent. Q.* 32. Gail. 1. *Obs.* 37. *n.* 6. Zanger. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 133. Chilian. Ronig. *Process. P.* 3. *Cap.* 1. Vinc. de Franc. *Decis.* 193. *et* 349. Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 7. *n.* 63. *et seq.* P. Frider. *de Process. extrah. Lib.* 3. *Cap.* 6. *n.* 6. Busius *ad L.* 1. *de Judic. n.* 16. Marta *de Jurisd. P.* 4. *Cent.* 2. *Cap.* 167. ubi communem hanc declarat et restringit. Diss. post alios Ant. Fab. 20. *Coniect.* 7. quia, ait, separatæ plane jurisdictiones et jurisdictionum incompetentia reconventione non tollitur, quod jam reprobavi. Et Clericus nec volens se subjicere potest judici laico expresse nedum tacite. Ad quod resp. hanc prorogationem non ab homine fieri, sed a lege. Molignat. *d. loc.* Studiosum tamen coram urbano magistratu contra civem agentem reconveniri ibi non posse, firmat Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. P.* 2. *Cap.* 12. *n.* 48. *et seqq.* tametsi civem coram Rectore agentem ibidem ut excipiat actionem te-

cilium haberet, aut obligatio ibi esset contracta. Si mutua petitione conveniatur actor ab eo cum quo agitur de eo quod Coloniæ forte contractum erat; ibi se actor eonomine defendere debebit apud eumdem judicem, quanvis alioqui rebus integris Antuerpiæ judicium pati non cogeretur, eo quodneque ibi domicilium haberet, neque de re ibi contracta conveniretur.

X. Quod jus admodum iniquum videri potest, nisi eius ratio explicatur. Nam primum constat judicio nondum cœpto neminem de re contracta defendere se usquàm cogi, nisi ubi domicilium habet, aut ubi contraxit. *L. heres*, §. 1. *D. de jud. L.* 1. *C. de jurisd.* Necesse est igitur, ut si judicio accepto actor alio loco conveniri potest, puta in quo nunc agit, nova aliqua justa caussa intervenerit, quæ eum jurisdictioni eo loco subjiciat. Atqui quod quis egit cum debitore suo, ubi is forum habebat, non videtur, ullam hujusmodi idoneam caussam habere. Nam si qua hic idonea caussa est, quæ illi noceat, videtur esse debere horum alterutrum, vel quia culpa illi imputari possit, quod eo loco egerit, ubi nunc mutuo convenitur, vel quia agendo in eumdem judicem consenserit. Quorum neutrum illi jure objici potest. Nam primum quæ culpa esse potest in eo, qui jus suum prosequitur frustratione debitoris coactus? Et quod in ea petitione sequitur forum rei, ubi instituit actionem, in eo multo minus ejus ulla culpa est; quoniam jure actor forum rei sequi cogitur. *L.* 2. *C. de jurisd. L. ult. C. ubi in rem act.* Nulla culpa est in eo, qui parere necesse habuit. *L. non videntur*, §. 1. *D. de reg. jur.* Qua ratione nec potest videri in judicem consensisse, qui jure coactus judicem secutus est. *L.* 2. in pr. *D. de jud.* Quare omni caussa sublata, cur alicubi egit, ibi mutuæ petitioni adversarii respondere debeat, cum prius non cogeretur, quid relinquitur, nisi jus iniquum esse, si propter judicium a se institutum ibi se defendere cogatur? nisi forte aliam caussam hujus juris obtendimus. Et res ita habet omnino: si ob id tantum quod quis ibi egerit cum reo, ubi jure cogebatur excipere adversarii actiones, negari non potest, quin sit iniquissime comparatum: quomodo enim quod jure fit, atque adeo quod fit jure cogente, id faciendi noceat, quod dum jure utimur, et jubenti obsequimur, potius prodesse debuit? omnia jura reclamant. *L. Gracchus*, *C. de adult. L. illud: de her. pet.* Adde illud de litis contestatione tritum, neminem persequendo, et litem contestando deteriorem caussam suam, sed meliorem facere. *L. non solet*, *L. nemo enim D. de reg. jur.*

XI. Sed hujus juris alia caussa est plena [13] æquitatis, quæ indicatur in *L. neque*, *D. de reg. jur.* Est autem hæc, quod in omni judicio, ubicunque et quocunque jure illatum sit, semper reus juste æquitatem compensationis postulat. Mutua autem [14] petitio rei hujus ipsius compensationis caussa inducitur: co

neri pluribus contendat *d. C.* 12. *n.* 18. *et seqq.* nec tantum si caussa reconventionis priori conjuncta, sed etsi aliud negocium contra Pac. *in Auth. habita Cap.* 9. *n.* 15. vid. et Rebuff. *Privileg. Schol.* 160. Molignat. *de Reconvent. Quæst.* 30. Cæterum Reconventionem institui recte volunt etiam coram delegato. Quod jure Canonico expeditum *Cap.* 1. *et* 2. *extra de mut. petit.* quia ratione connexorum, tacita una caussa reconventionis mandata censetur. Quanquam plures id sic accipiunt, si ad instantiam actoris unius impetratus sit. Secus si vel utriusque consensu acceptus, vel motu Principis proprio datus, quia tunc ratio quæ *in d. L.* 14. cesset, Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 12. *Obs.* 3. Molignat. *Q.* 24. *et seqq.* Maranta *d. Dist.* 6. *n.* 13. Sichard. *ad d. L.* 14. *n.* 8. *in fin.* Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 46. *et* 2. *seqq.* Quam distinctionem reprobant Menoch. *Arb. Q.* 44. *n.* 6. Monach. *Pract. iudic. P.* 5. §. 8. *Cap.* 3. *n.* 2. *et ad Rub. extra de mut. pet. n.* 5. P. Frider. *d. Cap.* 6. *n.* 12. Sic et in jurisdictione prorogata distinguunt Molign. *Quæst.* 26. Mar. *d. loc. n.* 23. ut teneat reconventio si facto actoris prorogata fit, non si communi partium consensu. At vix convenit ut rei consensus accedens reconventionem impediat. Sane, juris civilis ratione inspecta, coram judice quidem pedaneo mutuas petitiones exerceri non potuisse, nisi et ad eas addictus, verius puto ut *N. præced.* Quoad mandatarium vero jurisdictionis libenter distinguerem, justa ea quæ not. *supra Cap.* 10. *N.* 15. Illud convenit coram arbitro ex compromisso sumpto reconventioni locum non esse *Cap. cum dilectus* 6. *extra de arbitr.* Facit *L.* 46. *et L.* 50. *D. de rec. arb.* Menoch. *d. Quæst.* 44. *n.* 12. Molign. *Quæst.* 22. Monach. *d.* §. 8. *Cap.* 3. *n.* 3. Mar. *d. loc. n.* 20. ubi aliud statuit in arbitro juris, qui electus sit ex necessitate statuti injungentis forte compromissionem in causis cognatorum, etc. Molignat. *Q.* 23. diss. Joan. de Arnono *Singul.* 95. Quod si actor respondere renuat, audientia ei super conventione denegatur. Mar. *d. loc. n.* 9. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 7. Molign. *Quæst.* 96. ubi amplius Q. 97. si hoc non curaverit posse præcise cogi, quia nec si a lite conventionis desistere velit, etsi ante litem contestatam, jurisdictioni se judicis in reconventione eximat, add. Menoch. *d. Q.* 44. *n.* 5. Trentacinq. *d. loc. n.* 53. Paurmeist. 2. *de Iurisdict.* 7. *n.* 64.

13 Molign. *de Reconvent. Quæst.* 5. Si super eodem negotio reconventio: ratio naturalis est, quia defensio quædam est et continentia caussæ non dividenda. Sin super diversis rebus aut caussis, aut reus conventus coram judice utrique communi ad certam quantitatem, et reconventio tenet de majori etiam quantitate *L.* 11. §. 2. *de Jurisdict.* vel eo qui ex privilegio declinari potuit, ac idem est *L.* 2. §. 5. vers. *etsi h. t.* Aut coram judice ordinario rei, qui actori penitus non suus, et hoc casu jure antiquo nulla conventio. Ex *d. L.* 14. vero facultas reconveniendi, non necessitas. Denique ex *Auth. seq.* etiam necessitas, si velit agere, lite pendente, ut et jure Canonico. Et ita quoque triplicem juris veteris, novi et novissimi variationem notat Mathesilan. *ad L.* 14. *C. de sent. n.* 3. Et ratio hic contra actorem una, quia judicis arbitrium agendo observat, *d. L.* 14. Aliud igitur si de necessitate, aut voluntate utriusque eum adiit: contra reum alia, ne actor ad diversa judicia trahi et pluribus instantiis perturbari possit, ita Molignat. Atqui *d. L.* 14. loquitur de reconventione in eodem negocio, ubi ratio ibi adducta conveniens, quia etsi necessitate juris aditus judex rei: tamen quando caussa mutua petitionis, non diversa et separata est; nihil caussæ est, cur cognitionem ejus judicis de illa defugiat, cum ipsiusque actoris intersit litem potius utramque uno judicio terminari, quam pluribus, nullamque periculum ipsi metuendum sit. Plane si diversa caussa reconventionis, rationi isti *d. L.* 14. locus vix erit; sed illi, quæ in *Nov.* 96. *C.* 2. *princ.* ne lites fiant immortales. Quam et ratione reconventionis esse censet, Anton. Fab. 20. *Conject.* 6. potius quam reorum favorem eo quod reo faveatur in dubiis, non quando certum est eum jure conveniri. Alia ratio Molignati *Q.* 21. quia reconventionis caussa incidens. Ergo apud eundem tractanda firma non est per ea quæ *supra C.* 9. *N.* 21. Et qui dicetur incidens, quæ separata sæpe et diversa?

14) A compensatione tamen omnino alia est, quæ obtinet, si debitum utrinque liquidum, et ex utraque parte quantitas debeatur. Hic vero etsi reus actori nihil debeat, reconventio tenet, itemque etsi mutua petitio sit ad speciem. Casusque varii quibus locus non est compensationi, huic vero ita. Maranta *Q.* 4. *Dist.* 6. *n.* 6. Suarzen-

eo enim spectat, ut cum probatum erit actorem tandumdem reo debere, reus absolvatur. Quare et hanc petitionem in idem judicium admitti ex eadem æquitatis regula recte reus postulat. Hæc ratio atque æquitas fiet certior, si naturam cujusque judicii, et mutuæ petitionis vim spectabimus. Omne judicium ubicunque et quacunque occasione acceptum ut actionem actoris continet, sic multo æquius omnem rei defensionem admittit, quæ ad eum actione liberandum pertinet. *Inst. de exc.* At mutua petitio, quæ in eodem judicio instituitur, initio inspecto petitio est; fine agendi [15] defensio. Huc enim pertinet, ut inducat compensationem mutuæ pecuniæ debitæ. Compensatio autem est liberationis genus, quo reus liberatus æquissimam defensionem habet, ne teneatur, et qua creditorem eumdemque debitorem suum petentem summovet. §. *in bonæ*, *Inst. de act. L.* 2. *D. de comp.* Natura ergo sua omne judicium mutuam rei petitionem ut æquissimam defensionem admittit. Huc accedit, quod cum mutua petitio pro defensione cedat, non tam propter æquitatem in eodem judicio admittenda est, quam necessario. Nam si defensio est, fit pars omnino ejusdem judicii; quippe cum omne judicium constet intentione actoris, et rei depulsione vel defensione. Quod si pars est; ut judicium ipsum, sic mutua petitio tanquam judicii pars incipit ad ejusdem judicis cognitionem pertinere, omninoque ad illam constitutionem juris referri debet, ubi acceptum est judicium, ibi et finem accipere debet. Nam hoc de judicio toto cum dictum sit, intelligere debemus judicium semel cœptum, in eodem loco finem accipere debere in omnibus suis partibus, id est, et in intentione actoris; et in rei defensionibus omnibus: quo in genere haberi debet mutua petitio.

XII. Et vero mutua petitio ita hic admissa est, ut hac inducta non ideo putentur duo hic judicia esse, ut sunt duæ petitiones; sed

thal. *Proc. judic. Lib.* 1. *actu judic. præpar.* 4. *Cap.* 1. *n.* 5. Tonning. *Decis.* 16. *n.* 21. *et seq.* Monach. *Pract judic. Part.* 5. §. 8. *C.* 1. Contra jure Saxonico reconventio non obtinet: compensatio vero sic. *Nov. Elect. Sax.* 8. *P.* 1. ubi Moll. *n.* 1. in caussa tamen depositi Reconventionem æque negat, *Molig.* post alios de *Reconvent.* *Q.* 43. quod declarat Mar. *d. loc. n.* 39. ut tamen teneat quoad prorogationem etc. Alias reconventionem de omnibus caussis fieri posse, nisi exceptæ sint (Exceptas autem volunt quæ celeritatem requirunt, maxime si animæ periculum vertatur. Monach. *d.* §. 8. *C.* 4. *n.* 2.) regulam tradunt Molig. *Q.* 37. Maranta *d. Dist.* 6. *n.* 35. modo tamen judicis jurisdictio ratione caussæ, vel rei, quæ reconventione continetur, fundata sit. Zang. *de Exc. p.* 2. *Cap.* 1. *n.* 133. vel saltem is de ea caussa ex consensu partium vel prorogatione alias judicare possit, veluti Procurator Cæsaris de lite privatorum *L.* 1. *C. de jurisd.* Municipales magistratus de caussis majoris summæ *L.* 11. §. 1. *eod.* Idemque in judicibus certorum negociorum veluti mercatorum etc. vid. supra *C.* 9. *N.* 16. admittunt Molignat. *Q.* 29. Trentac. *d. Resol.* 1. *n.* 58. Mar. *d. loc. n.* 23. Secus si caussa ejus notionem plane respuat, ut caussa ecclesiastica judicis sæcularis, sive clericus sive laicus de ea reconveniatur, ut si conventus actione venditi velit reconvenire de consumando matrimonio, Zang. *d. loc.* Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 12. *Obs.* 5. Molignat. *de Reconvent. Quæst.* 57. *et seq.* Item si apud judicem civilium caussarum reconveniatur de criminali, Maranta *d. Distinct.* 6. *n.* 33. Num vero alias in criminalibus reconventio recipiatur, et quomodo; vid. Molignat. *Quæst.* 60. *et seqq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de mut. petit. Resol* 1. *n.* 38. *et seqq.* Maranta *de loc. n.* 56. *et seqq.* Plane coram judice appellationis non tenet reconventio, vid. Molignat. *Quæst.* 35. *et Quæst.* 49. Marant. *de loc. n.* 24. *et seqq.* P. Frider. 3. *de Process. extrahen. Cap.* 6. *n.* 15. *et seq.* Potest autem tunc coram alio judice pendente appellatione adversarius conveniri, Wurmser. *d. Tit.* 12. *Observ.* 7. In realibus quoque actionibus hanc admittunt DD. Rosbach. *Process. Tit.* 46. *n.* 8. Monach. *Pract. iudic. Part. quinta* §. *octavo* *n.* 2. quos oppugnat Anton. Fab. 20, *Conject.* 8. contendens id, nec obtinere *ex ratione Iuris*, tum quia hic res convenitur quæ reconvenire nequit, etsi reus esset possessor; tamen voluntarius, cum actionem in rem pati nemo cogatur *L. ult. de R. V.* Neque itaque subveniri ei, qui se periculo objecit, tum quia possessor quoties vincitur, malæ fidei est, etsi ante litem contestatam bona fide possederit. Nemo autem ex improbitate actionem consequi debet *L.* 12. §. 1. *de furt.* Quod si possessor vincat, actorem, dominum non fuisse, necesse esse, quo casu nulla vindicatio est, nec tam male quam nihil actum. Neque itaque reconventioni locus, quæ conventionem præsupponit. *Nec ex sententia Papiniani* (1) per *d. L.* 14. *C. de sent. et interloc.* in vocula *obnoxius.* (2) Quia is non admisit nisi pro eodem negocio *d. L.* 14. *in fin.* Realis actio non ex negocio, sed dominio actoris et possessione rei. (3) Quia ratio Papiniani cessat, quod judicem elegerit, quia hic necesse est agere loco rei sitæ, nullo facto voluntario, unde illa necessitas, præcedente. In personalibus cogitur itidem actor in foro rei experiri, sed ideo quia cum eo contraxit, ad quod non cogebatur. In hoc tamen non persistit Faber: quia et in actione personali sæpe nullam voluntatem præcedentem spectari agnoscit, ut si agatur ex quasi contractu, delicto vel quasi. *Nec ex mente Iustiniani* Auth. *et consequenter C. d. t.* tum quia et is nomen negocii usurpat, tum quia recusatio illa intra 20. dies non convenit, cum judex loci rei sitæ solus competens sit. Ad extremum facilius largitur, ut personali actione conventus in rem reconveniat, quam ut converso casu: Quia illic persona convenitur et reconvenit; Hic res convenitur, quæ reconvenire nequit. Ita Faber: cui satisfieri potest. Nam quod rem reconvenire non posse dicit, argutia mera est, quæ vix turbabit cordatiorem. Quod ex *d. L. ult.* arguit alienissimum est. Actionem in rem ita defugere licet, si possessor conventus abdicare malit. Sic utique et actionem personalem invitus non suscipit, si sponte det, faciat, quod actor petit. Marc. Lycklama 4. *Membran.* 8. Error vero gravissimus est, eo casu, quo actor succumbit, dominio non probato, nihil actum censeri. Hac enim ratione vis sententiæ, et effectus rei judicatæ, pro reo tollitur. Sicque pariter dici posset, nihil actum videri in personali actione, quando actor suam intentionem non implevit. Voculam *obnoxius* ad realem etiam actionem trahere, absurdum non est, arg. *L.* 178. §. *ult. de V. S.* cum et obnoxius pro reo usurpetur; in capitalibus. *L.* 10. *de relig.* ubi alia acceptio est, quam obligati: Et ut non posse largirer, dicerem exempli caussa, id verbi postinm regulam non restringere. Plane voculam *negotium* pro lite quacunque sæpe sumi, notum est *L.* 3. *C. de in lit. dan. tut. L.* 3. *C. de fruct. et lit. expens. L.* 3. *C. de pedan. iud.* Sic legimus negotia liberalia *L.* 40. *C. de lib. ca.* status *L. ult. C. de ord. cogn.* cum tamen actiones de iis, ipso Fabro contendente, reales sint, ut suo loco. Postremo neque hoc dandum, necessitatem agendi in loco rei sitæ: tollere recusationem judicis suspecti. Quin nec hic secum dogmata nova Fabri conveniunt. Nam si tota reconventionum materia ad judices delegatos coarctanda, ut Faber falso contendit, vid. *supra N.* 11. utique etiam in realibus, judice recusato, litem in eodem loco, alio judice a magistratu assignato, manere nihil impediret. Sed de his piget plura. Enimvero in caussis possessoriis reconventioni non semper locum DD. tribuunt, de quo adi Molig. *Q.* 66. *et seqq.* Marc. *d. Dist.* 40. *et seqq.* Trentacinq. *de Res.* 1. *n.* 18. *et seqq.* In extraordinariis cognitionibus admitti textus est *L.* 1. §. *ult. de extr. cog.* An et implorato judicis officio? Molig. *Q.* 38. Marc. *d. loc. n.* 37. admittens si in formam judicii, non per modum actus extra judicialis. Num et in summariis caussis? Quidam indistincte affirmant per *Clem. sæpe* §. *verum de V. S.* Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. P.* 2. *Cap.* 12. *n.* 36. *et seq.* Alii negant, Monach. *Pr. Iud. P.* 5. §. 8. *C.* 4. *n.* 6. Alii distinguunt ita, ut si utraque summaria, sine dubio hoc procedat. Sin altera ordinaria, teneat quoad prorogationis effectum, non autem quoad prosequutionem, ut simul utraque terminetur, Marc. *d. loc. n.* 38. Molig. *Q.* 44. Trentacinq. *de Resol.* 1. *n.* 13. Alii si prior caussa conventionis sui natura summaria, et altera ordinaria, negant. Si vero illa rescripto delegationis effecta summaria, admittunt ita si et reus consenserit, Suarzenthal. *Lib.* 1. *Process. Actu* 4. *C.* 4. *n.* 3.

15) Nec tamen excommunicato permissa, *Cap. cum inter* 5. de *excep.* Quintil. Mandos. *in Cas. annul. n.* 96. P. Frider. *de Process. extrah. Lib.* 3. *Cap.* 6. *n.* 4. Molig. *de reconvent. Quæst.* 17. qui idem *Q.* 4. appellatione conventionis hanc quoque venire in statutis et pactionibus, ut si quis promisit defendere in caussa conventionis etc.

sed unum [16] ex utraque constans. Unde Justinianus non dubitavit dicere in hac caussa non solum unum judicium versari, sed etiam unum negotium; cujus ideo unum judicem esse debere confirmavit in *L. cum Papinianus*, in fin. *C. de sent. et interl. omn. jud.* Neque vero id intelligi parum ad vim et potestatem hujus judicii pertinet. Ea enim res facit, non tantum ut judex idem mutua petitione cognoscere possit eodem loco, sed etiam debeat, et quidem ita, ut quemadmodum in uno judicio fieri solet, debeat de [17] utraque re eodem tempore, et eadem sententia pronuntiare. Hinc illa recepta duo a veteribus in mutua petitione pro reo adversus actorem, quorum alterum reo tribuitur actore probante, alterum actore non probante. Prius hoc est, ut quanvis actor de intentione sua docuerit multo ante quam reus de sua, tamen judex non [18] prius iudicare debeat, quam de mutua petitione rei constiterit; ut si cònstet ei nihil deberi, tum condemnetur: sin ei deberi, tum admissa compensatione absolvatur; aut si non debeatur pecunia invicem, alter alteri condemnetur, qui de compensatione inter se dispiciant postea, et ut videtur, rem componant. Quod si non expectata mutuæ petitionis cognitione iudex reum condemnarit, sententia nullius momenti est, ut fit alias, cum non toti controversiæ judicii sententia sua finem imponit; aut certe, quod est tutius, potest ab ea sententia appellari: hoc in *L.* 1. §. *ult. D. quæ sent. sine app. resc.* Sed hoc ius vetus est, quod temperari oportet constitutione Justiniani *L. ult. C. de compens.* Temperandum autem est hoc modo, ut actore implente actionem suam, ita iudex de mutua petitione prius cognoscere debeat, si modo mutua petitio illata sit tempore litis contestatæ, aut non multo post. Quod si prope iam affecta et impleta petitione actoris reus injiciendæ moræ caussa mutua petitione utatur, constitutio superior petitionem hanc in eodem iudicio [19] non admittit. Tum enim Justinianus illa constitutione repudiat eam compensationem quæ ex caussa non liquida opponitur. Proinde et mutuam istam petitionem; quæ huc spectat, ut perveniatur ad compensationem. Quoties enim aliquid prohibetur iure, simul omnia prohibita intelliguntur, per quæ ad illud potest perveniri. *C. cum quid, de regu. jur. in* 6.

XIII. Alterum reo tribuit admissa in eodem iudicio mutua eius petitio, ut si actor non probet sibi deberi, non solum iudex debeat [20] reum absolvere, quod et sine mutua petitione eius futurum erat, sed etiam de mutua petitione cognoscere, et hac probata simul actorem reo condemnare debeat; quia scilicet utraque petitio unius et eiusdem iudicii fuerit. De hac re dubitatum est olim. Videbatur enim principaliter in iudicio versari tantum petitio actoris; ad quam removendam et consequendam adhibita esset petitio mutua tanquam defensio: ut proinde consequens esset et de principali ea petitione solum pronuntiari debere, reum scilicet ea petitione aut teneri, aut non teneri: illic ut condemnaretur; hic ut absolveretur duntaxat. Papinianus sic mutuam petitionem eiusdem iudicii partem esse existimavit; ut quanvis actor nihil probaret sibi deberi, nihilominus iudicem de mutua petitione cognoscere, et iudicare eadem sententia oporteret, atque hac probata actorem condemnare, nec posset actor eiusdem iudicis condemnationem in ea re defugere, quæ unius iudicii et negotii apud iudicem inducti pars esset. Hæc illa Papiniani sententia est, quæ commemoratur a Justiniano in *L. cum Papinianus*, *C. de sent. et interl.* quam et ipse eadem constitutione confirmat, addita hac ratione, quod unum negotium esset actionis institutæ, et mutuæ petitionis: qui in parte ejus negotii judicem secutus esset agendo, non deberet in altera parte eius iudicii eundem iudicem contra se habere dedignari.

XIV.

16) Utraque enim uno processu prosequenda, ut lite in una contestata sit contestanda in altera, simul in utraque calunniæ juramentum præstandum, probationes, publicationes, conclusiones caussarum exercendæ, Suarzenthal. *Lib.* 1. *Proc. Actu Præpar.* 4. *C.* 5. vid. Molig. *Q.* 82. *et seqq.* et quando libellus hic necessarius vel non. Q. 14. .

17) *Cap. in fin. extr. de mut peric. Cap.* 2. vers. *quanquam in idem extr. de ord. cogn.* Et unam sententiam dici quoad unicam scripturam, et prolationem, etsi duæ sint quoad juris dispositionem, docent Mar. *P.* 4. *Dist.* 6. *n.* 10. Molignat. *Q.* 88. *et seq.*

18) Quare etsi alterius expeditio facilior, priusve de illa liqueat, non tamen ante alteram definienda, vid. Toming. *Decis.* 16. diff. Maran. *P.* 4. *Dist.* 6. *n.* 11. Trentacinq. *d. Resol.* 1. *n.* 9.

19) Sed illa proprie et vera reconventio, quæ in primordio litis ante litem contestatam, vel in continenti post, oppinitur. Quæ vero post judicium cœptum non vera, nec retardat caussam conventionis, aut effectum operatur simultanei processus. Sed post litem contestatam in quacunque parte judicii, usque ad conclusionem in caussa, objici potest ad effectum jurisdictionis prorogativum; ita Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de mut. pet. Res* 1. *n.* 4. *et seq. per Clem. dispendia* §. *reus de rescr.* Wurmser. *Lib.* 1. *Tit.* 12. *Obs.* 4. Zauger. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 134. Rosbach. *Process. Tit.* 46. *n.* 3. *et* 4. Molignat. *de Reconvent. Q.* 87. Maranta *P.* 4. *Dist.* 6. *n.* 5. *et in Addit. ibi.* P. Foller. Quoad posterius diss. Marta *de Iurisdict. P.* 4. *Cap.* 107. *n.* 5. Monach. *Pract. iudic. P.* 5. §. 8. *Cap.* 5. *n.* 3. *per ordinat. Cam. imp. P.* 3. *Cap.* 39. quia tunc simplex conventio est, et idem ad *Rub. extra h. t. n.* 11. *et seq.* Toming. *Decis.* 16. *n.* 5.

20) Neque enim eo ipso quod reconvenit, debitum fatetur in quo differt a compensatione, Molignat. Q. 10.

XIV. Ratione superioris definitionis constituta, ac per hanc mutuæ petitionis vi et potestate in eodem iudicio cognita, redeo ad definitionem: quæ ut verba sunt, interpretatione ac cautione indiget. Quod ergo dicitur eum qui aliquo in loco non cogitur judicium pati, si ibi agat, cogi etiam ibi excipere actiones, ut verba sunt, generaliter dictum est: sed ut est definitionis sententia, non est perpetuum. Nam huiusmodi actor non cogitur cuiusvis excipere actiones; non quovis tempore; non quibuslibet in caussis: quæ cautiones sunt, quibus definitionem temperari oportet. Primum qui alicubi agit, non cogitur eodem in loco quamvis apud eumdem iudicem excipere cuiusvis agentis actiones, si prius per se non cogebatur: sed solum excipere actiones rei, cum quo agit. Alii cum quibus non agitur, si eodem loco apud eumdem iudicem cum actore experiri velint hoc prætextu, quod actor eum iudicem secutus sit, non audientur. Id declarat definitionis ratio ante a nobis exposita. Ratio enim excipiendæ actionis hæc fuit, quod hic mutua esset petitio, per quam postularetur æquitas compensationis. *L. neque*, *C. de comp.* At alii si agant, non est cum illis mutua petitio; quoniam hæc non est, nisi inter eos: quorum unus cum altero agit: cum istis autem non agitur. Non est etiam cum illis compensatio, quia non impetiti actione non id agunt, ut petentem compensationi iure removeant: quod compensatio exigit. *L. 2. D. de comp.* Et vero cur res inter alios acta actori in alia re et alia persona noceat? contra *L. si unus*, §. *pacta*, in fin. *D. de pact.*

XV. Sed etsi reus ipse cum quo agitur, agat adversus eumdem actorem, non cogitur actionem excipere actor quovis tempore, sed si regeratur mutua petitio pendente eodem iudicio. Quod si eo [21] finito, non cogetur: eadem illa ratione, qua supra usi sumus; quia scilicet mutuam petitionem et compensationem hic exigimus. Finito autem priore judicio si agitur, neque potest dici mutua petitio, quæ una est: neque compensatio, quæ actioni motæ non opponitur. *d. L. 2. de compen.* Idque satis indicare videntur verba definitionis. Non enim dicitur actor cogi excipere actiones, si egerit, sed si agat: dicitur et mitti debere ad eumdem judicem: quod valet ad judicem utriusque petitionis: proinde ad judicem petitionis nondum finitæ: quoniam finito judicio qui mea caussa judex prius fuerat, judex esse desinit. *L. judex*, *D. de re jud.*

XVI. Postremo ut maxime idem reus cum quo agitur vicissim agat, et pendente eodem judicio: tamen non cogitur actor excipere ejus actiones in omnibus caussis. Non enim cogendus est excipere, si furtum, damnum, aut injuriam passus sit, et eo nomine agat, ubi non agens judicium pati non cogebatur. Exempli caussa: Exterus Leidæ furtum passus est, damnum, aut injuriam. Agit Leidæ cum eo, qui intulit: quod et Leidæ facere potuit, quia Leidæ delictum contractum erat. Si a reo mutua petitione conveniatur etiam statim de eo quod alibi contractum erat: non cogitur actor excipere Leidæ eam actionem, si ibi domicilium non habuit. Id responsum est, in legato, qui Romæ injuriam passus est, et eo nomine Romæ agit; in *L. 2. §. item si extra*, vers. *sed si agant*, *D. de jud.* sed ita, ut ad omnes transferri debeat, qui ex iisdem caussis agunt, ubi judicium pati non cogebantur: optima ratione, quæ illic subjicitur; quod si quis ob delictum alicubi agens, ibi in mutua petitione se defendere debeat, cum prius non cogeretur, alterutrum necesse erit, ut aut non agendo, atque ita mutuam petitionem vitando impune contumeliis et damnis afficiatur; aut si agere volet, sit in potestate cujusque pulsando eum subjicere invitum alienæ jurisdictioni: quorum utrumque est iniquissimum. Cumque communis sit hæc ratio omnium qui alicubi agant, apparet ad omnes quoque ac non ad legatos solum, jus superius pertinere.

XVII. Et sunt superiores sive cautiones, sive exceptiones ejusmodi, qua in omnibus aliis actoribus valeant: duæ priores ad legatos Romæ olim non pertinuerunt. Legatos constat non debuisse olim Romæ judicium pati invitos, ut suo loco ostendimus. Si tamen Romæ legati agerent, non persequentes damnum aut injuriam, quam passi essent, compellebantur se adversus omnes defendere. Sic enim scribit Ulpianus in *d. L. 2. §. item si extra*, vers. *sed si agant. de jud.* Ergo adver-

[21]) Quare quia in confessum nullæ partes judicis, is reconvenire non poterit, Molignat. *Q.* 42. Uti nec si caussa paratam exsecutionem habeat, cui vis est sententiæ Molignat. *Q.* 41. Marta *de Jurisdict. P.* 4. *Cent.* 1. *C.* 61. *n.* 12. Ant. Massa Gales. *Tr. ad formul. Cam. oblig. P. 2. ad 4. partic. oblig. Q. 2. n.* 11. Trentacinq. *d.* 1. *Resol.* 1. *n.* 14. nec impleta jam intentione agentis; ubi nihil nisi sententiæ latio restat. Molignat. *Q.* 34.

versus eos, etiam cum quibus [22] non egissent: proinde et adversus eos cum quibus egissent, adversus quos judicium esse desiisset. Hoc ideo, quod legatis ita tribuebatur privilegium, ne se Romæ cogerentur defendere, ut vicissim vetarentur ibi se ullis negotiis vel suis vel alienis interponere, aut etiam in rem suam agere; exceptis his, quæ ad injuriam eorum, vel damnum pertinerent. *L. Paulus*, 8. §. *ult. L. legatus*, 10. *L. si ab. senti*, *seq*. §. 1. *D. de legat.* Idcirco ne poterant quidem Romæ agere adversus invitos sine permissu principis. *L. is qui D. de leg.* At finge agere eos adversus eum qui non recuset actionem. Consisteret quidem judicium in consentientem. Sed erat hæc [23] pœna contemptæ legis, ut se legatus adversus omnes defendere deberet beneficio legis indignus. Recte enim ei diceretur, non debere eum invocare auxilium juris, qui contra jus committit. *L. auxilium*, in fin. *D. de minor.* Sed et illud videtur adversus eum dici potuisse, cum in eo ut in legatione Romæ ageret, impetrarit jus novum, non debuisse eum recusare quovis alio postulante, quominus et secum ibi ageretur, ex edicto prætoris. *L.* 1. *D. quod quis jur.*

XVIII. Sed hæc hactenus in mutua petitione constituta videmus pro reo adversus actorem. Monendi sumus pro hoc commodo illud vicissim hac ipsa mutua petitione constitutum adversus reum pro actore, ut quemadmodum ejus mutuam petitionem eo in loco instituere potest, in quo convenitur, ita et si quam instituat, eum desiderante actore eodem in loco et apud eundem judicem exercere debeat; nec possit alibi, quanvis ibi actor aut contraxerit, aut domicilium habeat. Hoc in *auth. et consequenter*, *C. de sent. et int. omn. jud.* In quo apparet in mutua petitione unum locum et eum novum constitui, non tantum actori, in quo conveniatur, sed etiam reo in quo agere debeat. Verum hoc posterius magis ad electionem aliorum locorum reo auferendam pertinere videtur: de qua electione cum proximo capite dicere instituerim, illic huius detractionis rationem pluribus attingam.

CAP.

22) Ita et Accurs. *ad d. L.* 2. §. 5. quem plerique sequuntur, teste Covar. *Pract. Q. Cap.* 5. *n.* 4. qui tamen ita *adversus omnes*: scilicet adversus quos illi egerunt. Plane Cujac. 22. *Obs.* 22. negat *d.* §. 5. loqui de legatis, quem series, et contextus legis satis refellit.

23) Convenit Monach. *Pract. iudic. P.* 2. *Tit. de iure revocdomum Cap.* 3. *n.* 8. Suerin. *Repet. Lect. Cap.* 16. Quod legatus negocia sua curare nequit *dd. LL. D. de legat.* id ita cum de jure publico et officio legati quæritur. Punitur enim contra faciens, pœna desertæ legationis. At cum de jure privato, actionem illi dictare licet *L.* 32. §. 9. *de rec. arb.* quæ ita concilianda, nec temere, legatione adjecta, manus admovenda, ut Cujac. *d. C.* 22.

CAP. XIX.

An in omnibus locis superioribus quatuor possit actor agere, prout velit: et an liceat his solis, non pluribus.

Transitio, et duplex proposita quæstio. I.
Num ubique locorum agere liceat actori; interest, utrum hic rebus integris agat, cœpto, aut instituto judicio. II.
Priore casu: ubi locorum agatur ex caussis singulis. III.
Posteriore: actorem alio trahi non posse a reo mutua petitione, et quare. IV. V.
An in pecuniariis caussis, et ex jure communi pluribus in locis agi possit, quam superioribus quatuor. VI.
Exponitur L. iuris ordinem 2. C. de iurisd. VII.
An qui certo loco promisit, possit solvere quocunque loco et ubique. VIII.
Bartoli opinio. IX.
Contraria Joannis et Azonis, et veterum interpretum sententia defenditur. X.
Superior illa improbatur. Verba quocunque loco et ubique *ambigua. Quomodo accipienda.* XI.
Aliud ejusdem argumentum refellitur. XII.

I. His constitutis locis quatuor, in quibus iudicis sit iurisdictio, ubi reus domicilium habet; ubi contraxit; ubi res est, de cuius possessione aut proprietate agitur; ubi cœptum est iudicium: his inquam, ita constitutis locis, quoniam hæc omnia ad agendum idonea, et tamen sola faciamus: hinc duo quæsita sunt, quæ opportune hoc loco explicentur. Unum de electione horum locorum: alterum de numero.

II. De electione, an liceat agere volenti omnibus his locis, quibus velit, experiri, ut ubicunque agat, ibi sit competens a loco iudex, et se reus ibi defendere debeat. De numero, an his solis sit competens iudex et iurisdictio, non pluribus. Prior quæstio prope jam absoluta est. Certe quid hic liceat in singulis generibus locorum, suo ordine diximus. Summam si quis requirit, hæc est, quam ex superioribus liceat agnoscere. Interest, utrum nullo adhuc judicio cœpto agatur, an vero judicio cœpto, aut adeo instituto.

III. Si rebus integris agitur, et de possessione aut proprietate actio est, et generaliter si in rem actio; ibi solum agi potest, ubi res constitutæ sunt, propter quas agitur; alibi non licet invito reo, ut in hac parte ostendimus. In cæteris caussis, si quidem nullus contractus versatur, ibi solum agi potest, ubi reus domicilium habet: quod contingit in petitione hereditatis. *L. unic. C. ubi de her. ag.* Sin de obligatione contracta agitur, tum duobus locis experiri actor potest; ubi reus domicilium habet, vel ubi contraxit; electione [1] actori tributa, utro ex his agat. Quod inde licet intelligere, quod utro ex his agatur, dicitur reus ibi se defendere debere: neque enim deberet, idest, cogeretur id facere, si esset in potestate ejus, cum in unum vocatus esset, ad alterum revocare. Et cur

1) *Ca. dilecti* 18. *de foro comp.* Duarenus *de Iudic. Cap. de Foro Comp. fol.* 168. Suarzenthal. *Process. Lib.* 1. *Cap.* 6. *n.* 10. Coler. *de Process. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 2. *et seqq.* Vult. *ad L.* 2. *C. de Iurisdict. n.* 10. *et n.* 26. *et ad L. un. Cod. Ubi Conven. qui cer. lo. n.* 3. Matth. Steph. 1. *de Iurisdict.* 29. *n.* 45. Nam vulgatum axioma: in alternativis electio rei, de rerum alternatione exaudiendum, non locorum, Nicol. Sudor. *Lib.* 1. *Disput. civil. pag.* 19. Eligendi autem facultas quousque detur, vid. *Cap. præcedent. N.* 7. Sic et electio actoris quando duo pluresve judices rei, qui parem habent jurisdictionem, non conjunctim, sed quisque per se solus in solidum. Vultejus *ad L. ultimam C. Ubi in rem n.* 13. *et* 2. *seqq.* quando scilicet uni ab altero jurisdictio non privative, sed cumulative, ut loquuntur, vid. *not. supra C.* 9. Nisi plures judices dati in favorem rei et privilegium, Decian. 4. *Tr. crim.* 5. *n.* 2. *et* 3. Trentacinq. 2. *Pract. Tit. de Act. Resol.* 4. *n.* 10. Vult. *d. lo.* Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 54. *n.* 6. An vero illa electio actori adimitur intentato remedio legis diffamari? Negat Covar. 1. *Resol.* 18. *n.* 6. Distinguit Blarer. *in Repet. L. diffamari C.* 4. *n.* 39. *et seqq.* unde pete.

cur non debuit esse in potestate, ubi conveniatur, exposita est ratio in *L.* 2. §. *Scævola, D. de eo quod cer. loc.* nam, inquit Scævola, si fuerit in ejus arbitrio, ubi ab eo petatur, non poterit conveniri. Semper enim alium locum eliget: sic eveniet, ut sit in ejus arbitrio, an debeat: quod in potestate ejus esse nequaquam debet.

IV. Quod si cœptum judicium jam erit, hic unus locus esse incipit, in quo judicium perfici oporteat, ut paulo ante ostendimus. *L. ubi acceptum, D. de jud.* Cumque ad judicium cœptum pertinere existimetur mutua petitio, ut eodem loco docuimus: etiam judicium cœptum in ea petitione hoc efficit, ut instituta eodem in loco et apud eumdem judicem non solum ab actore suscipi, sed etiam a reo moveri debeat. In quo iudicium cœptum actori novum locum constituit, in quo conveniatur; reo in quo agat: sed magis reo aliorum locorum, in quibus nondum cœpto iudicio actorem convenire poterat, electionem adimit. Sic enim hoc ius se habet, ut si civis Coloniensis qui Antuerpiæ agebat, mutua petitione alibi conveniatur a reo cive Antuerpiensi, quanvis conveniatur Coloniæ, idest in urbe sua, ubi domicilium habebat, et contraxerat, quibus in locis de re contracta unusquisque iure communi se defendere debet; placeat tamen recte actorem desideraturum, ut mutua petitio Antuerpiæ in iudicio iam cœpto apud eundem iudicem agitetur, ibique finem accipiat, nec reo liceat ad alia loca alioqui ei ad agendum tributa petitionem transferre. Jus constitutum a Justiniano, exstatque in *auth. et consequenter, C. de senten. et int.*

V. Cur ergo in hac specie non licet reo cum actore in iis locis agere, in quibus ille jure communi forum habet, et subjicitur iurisdictioni: quod in certis caussis unicuique cum alio agenti facere concessum est? An quod actor alibi agendo ibi quoque mutuam petitionem rei subiecerit? At factum actoris non debet nocere reo, ut illi electionem locorum adimat, quam prius habuit. *L. factum cuique, D. de reg. jur.* An potius quia actor alicubi agens eodem loco mutuæ petitioni respondere cogitur: æquum est, ut reus eodem in loco et apud eundem judicem mutuam petitionem instituat? Sed cum pro reo constitutum sit, ut eodem in loco possit mutua petitione cum actore experiri, non debuit a reo exigi, ut eodem in loco id facere cogatur, cum possit unusquisque contemnere ea, quæ pro se introducta sunt. *L. si judex, D. de minor. L. pen. C. de pact.* Quæ ergo caussa hoc jus induxit, et necessitatem eodem in loco agendi denegatis aliis locis reo imposuit? Æquitas, etsi in ea re summo jure deficiamur. Fatendum est enim, nihil proponi, cur non reus sua actione uti possit, quibus in locis ante illi agere concessum est, nec quominus id fiat, aliena petitione eum impediri. Fatendum, reum ab initio conventum ubi domicilium habet, vel ubi contraxit, nihil habere cur contra jus commune illic judicium defugiat. Sed [2] utile est actori apud eundem judicem de mutua petitione cognosci, et eodem judicio rem transigi. Nam si cogetur diversis locis de intentione sua, et de mutua petitione litigare, difficilius utrobique rem administrabit, neque id sine incommodo et dispendio rei familiaris. Quod si similiter eodem loco agi non modo reo nihil noceat, sed etiam non minus prosit quam actori: hic æquitas suadet non esse ferendum reum, si mutuam petitionem velit transferre alio: ubi constet id eum postulare non alicujus commodi sui caussa, sed tantum ut incommodet adversario, fortasse etiam cum incommodo suo. Neque enim malitiis est indulgendum. *L. in fundo, D. de rei vind. L.* 2. §. *quamquam, D. de aq. et aq. plu. arc. act.* Nunc autem ita se res habet, ut apud eundem judicem utramque caussam agi nullius magis intersiit, quam rei, qui mutua petitione utitur. Nam cum illi æque utile est non distrahi pluribus locis; tum vero aut frustra vel calumniæ caussa instituitur ab

2) Quod et juri veteri consonum, et hanc rationem esse in *L.* 11. §. 1. *de Jurisd.* statuit Molignat. *de Reconvent.* Q. 3. Quanquam A. Fab. ibidem tergemina correctione sententiam invertere nititur, Non tamen præcise cogitur reus reconvenire, sed si modo pendente lite conventionis experiri contra actorem velit. Lite autem contra se mota terminata, mutua ejus petitio coram judice competenti adversarii, ejusdemque in priori lite actoris, admittitur *d. Auth.* et consequenter *Nov.* 96. *C.* 2. §. 1. Confer. P. Wes. *Cons.* 50. *n.* 19. *et* 2. *seqq.* Jure Saxonico in multa alia quoad reconventiones, discessum est. Etsi enim non prorsus inhibitas, sed earum potius prosecutionem velit Fr. Roman. *in Addit. ad* Zobel. *Diff. Jur. Civ. et Sax.* 19. *P.* 1. effectum tamen simultanei processus, quem verum et præcipuum statuunt, vid. *not. C. præs. N.* 19. prorsus sublatum esse, evidens est, *Lib.* 1. *Jur. Sax. Art.* 1. *et Lib.* 3. *Art.* 12. *et Art.* 79. Ac etsi Elector Augustus *Nov. sua* 7. *P.* 1. sanxerit quod si caussa conventionis diversa sit a caussa reconventionis, nec una ex altera originem ducat, utraque coram suo judice institui possit: eo ipso tamen non restrinxit jus Saxonicum, ut Zanger. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 136. et Moll. *add. Nov.* 7. *n.* 3. aut aliquo casu reconventionem, quo prius non obtinebat, induxit, se aperte declarat has mutuas petitiones, pro conventione et reconventione non habendas esse. Neque enim reconventio dicenda, nisi quæ coram eodem et una cum priori lite agitatur, quod jure Saxonico nunquam conceditur. Quanquam fatear in eo omnia adversa juri civili, maxime Novellarum constituta esse. Quo mutua petitio etsi a priori non dependeat, ex. gr. si petentem 10. ex caussa mutui reconveniat reus ad alia 10. ex operis præstitis, apud eundem excipienda etc.

ab eo mutua petitio, aut certe huic spectat, ut prosit ei ad compensationem, atque hoc modo cedunt ei pro defensione magis, quam pro petitione. Nemo autem de compensatione judicare potest, et reum eo nomine absolvere, nisi idem iudex. Quare valde iniquum sit eum eius petitionis cognitionem alibi postulare, neque ei repugnante adversario concedendum est.

VI. De numero superiorum locorum sic statui debet, in caussis pecuniariis et iure communi non plura loca esse, in quibus agi possit, seu in quibus sit competens iudex et iurisdictio. Dixi in caussis pecuniariis, quia in criminibus etiam ibi accusatio institui potest, ubi reperitur qui deliquit, ut in ea specie diximus: quod non item in caussis privatis et pecuniariis receptum est. Dixi iure communi, quia ex privilegio plura loca esse possunt: de quo dicetur proximo capite. Cæterum, ut proposui, in caussis pecuniariis et iure communi non plura loca esse statui oportet.

VII. In quo tamen dubitationem adferunt duo: quæ dum explicari atque hinc removeri volumus, vel hæc una iusta caussa fuit, cur de hoc numero separatim ageremus. Ea sunt *L.* 2. *C. de jurisd. omn. jud.* et quæ de hac specie tradita sunt, cum quid certo loco promissum est. In *L.* 2. statui videtur idoneus ad agendum non tantum is locus, in quo reus domicilium habet, cum agitur, sed etiam in quo prius domicilium habuit, mutato forte postea in alium locum domicilio. Sic enim illic verba sunt: *Nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc post transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.* Quod si verum est, statuuntur in re contracta tria hæc loca ad agendum, ubi reus domicilium habet, ubi tempore contractus habuit, et ubi contraxit, siquidem alibi contractum est. Nos autem duo tantum statuimus, ubi reus domicilium habet, vel ubi contraxit. Dixi iam ante, cum de domicilio rei ageremus, quod et nobis retinendum est, illa verba, *vel tempore contractus habuit*, non de quovis contractu accipienda, sed de contractu eius loci, de quo illic agitur, atque ita interpretanda, vel tempore contractus ibi initi habuit, ut intelligamus locum, in quo reus et domicilium habuit, et simul contraxit; in quo ideo reus conveniri possit, non quia illic domicilium habuerit, sed quia dum haberet, ibi contraxerit. Quod sententiam ejus loci esse satis intelligitur ex absurdo, quod admissa contraria interpretatione ex ipso loco inducitur. Non enim illic dicitur reum conveniri posse duobus his in locis, ubi domicilium habet, vel tempore contractus habuit; sed reum his locis duobus conveniri oportet, et quidem solum his duobus locis. Ergo non ubi reus contraxit, si quidem alibi contractum habitum interpretamur, quam ubi reus domicilium habuit. Hoc autem aperte falsum, et absurdum, et contra manifestum ius commune. *L. heres*, §. 1. *D. de judic. L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *D. de rebus auctor. judic. possiden.* Proinde in obscura voce legis nullo modo recipiendum. *L. in ambigua. D. de legib.*

VIII. Maiorem dubitationem habet, quod scriptum est a veteribus de eo quod certo loco promissum est. Nam de eo sic sunt veterum definitiones, quod certo loco promissum est, non solum ibi, sed etiam *quocunque loco*, item *ubique* peti posse. Exstant in *L. eum qui insulam. D. de jud. L. si duo*, §. 1. *D. de pec. const.* Hæc verba, *quocunque loco*, *ubique*, siquidem naturalem eorum significationem sequimur, hoc significant agi posse, non tantum ubi promissor domicilium habet, aut eo loco, ubi promissum est, sed quovis alio ubi reperiatur. In quo aperte plura loca statuuntur, quam superiora; si non in omnibus caussis, at certe in hac specie. Quærendum igitur, an non recte ita superius interpretêmur, an vero recte interpretantibus nobis hæc species excipi debeat.

IX. Bartolus [3] ad *L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* quorundam aliorum sententiam secutus hæc verba, *quocunque, et ubique*, nanaturaliter accepit; ut de eo quod certo loco promissum est, extra locum constitutum agi possit quocunque alio loco sine exceptione. Nec putavit ea re lædi reum si in hac specie agendi potestas esset alia, quam in cæteris caussis; quia in hac ageretur alio loco arbitraria actione, in qua haberetur ratio loci, æstimareturque quanti rei interesset suo loco potius agi. *L.* 2. in pr. *D. de eo quod cer. loc. L. unic. C. ubi conv. qui cert. loc. dar. promit.*

X. Contra veteres interpretes prope omnes, ut Joannes, Azo, Accursius, sic superiora verba interpretantur, ut de eo quod certo lo-

3) Et Vult. *ad L. un. C. Ubi Convent. qui cer lo. n.* 4. *et n.* 51.

loco promissum est, agi possit quocunque loco, nempe legitimo et idoneo, id est, in quo alias reus sine loci adjectione conveniri potuisset. Quæ et sententia vulgo recepta, et nobis tenenda est. Demonstratur et certis argumentis ductis ab absurdo contrariæ sententiæ, et ipsorum auctorum interpretatione, quæ alibi ostenditur. Argumenta hæc sunt: Primum, absurdum est creditori cui quid certo loco promissum est, plus tribui, cum de potestate rei alicubi conveniendi agitur, quam ei creditori, cum quid simpliciter et sine ullius loci adjectione promissum est. Cui enim quid certo loco promittitur, aperte huic conventio unum tantum locum dat, in quo agat, et ei solvi debeat, cætera excludit, quod et declaratur in *L.* 2. *D. de eo quod cert. loc.* cui autem quid promittitur simpliciter, huic conventio secundum verba tribuit omnia loca ad exigendum; quippe quæ nullum certum definiat, nullum excludat. *arg. in L. si servitus, D. de ser. urb. præd.* atqui cum simpliciter quid promissum est, ius certum est creditorem non posse experiri, nisi duobus locis; nempe ubi reus domicilium habet, et ubi contraxit. *L. leges,* §. 1. *D. de jud. L.* 1. *L.* 2. *L.* 3. *de reb. auct. jud. poss.* Absurdum igitur, eum cui quid certo loco promissum est, aliis locis cum reo posse experiri. Secundum argumentum. Cum quid certò loco dari promissum est, perspicuum est extra locum adjectum perinde esse, quasi simpliciter promissum esset: nam alia loca adjecta non sunt. At cum quid simpliciter promissum est, extra locum contractus non potest a reo peti, nisi ubi is domicilium habet: quanvis conventio amplius illi permittere videatur. Ergo quod certo loco promissum est, extra eum locum in quo dari debuit, id est, in quo contractum est, absurdum sit id alibi peti posse, quam ubi reus [4] domicilium habet, cum conventio cætera illa loca adimat. Sed fit certior hæc sententia, si actores ipsi superiorum definitionum illa verba, quocunque loco, et ubique ita interpretantur, ut diximus. Atqui sic reperiuntur se ipsos explicare. Nam *L. si duo*, §. 1. *D. de pec. const.* in qua extat una ex supra scriptis definitionibus Ulpiani est. At idem Ulpianus in *L. heres*, §. *ult. D. de jud.* de eo loquens, qui ita obligatus erat, ut in Italia, id est, hoc loco solveret, et tractans ubi is conveniri posset, ita scribit, *si is in provincia habuit domicilium, utrobique posse eum conveniri, et hic et ibi;* duo videlicet loca in cæteris caussis usitata definiens, cætera excludens. Et ut id etiam se dicere ostenderet tanquam in re dubia, aliorum auctoritate confirmat, atque ita subjicit: *et ita et Juliano et multis aliis videtur.*

XI. Jam de verbis superioribus, et de objectione Bartoli paucis respondeo. Verba hæc *quocunque loco*, item *ubique*, ambigua sunt. Possunt enim intelligi naturaliter, ut significent quocunque loco sine exceptione. Possunt etiam sic accipi, ut ad jus referantur ex mente loquentium, atque ita accipiantur, quocunque loco legitimo. Meminerimus semper in ambigua oratione eam interpretationem capiendam, quæ vitio caret. *L. in ambigua, D. de legib.* Sed præcipue idem faciendum, si alicunde constare possit esse ex mente et sententia auctorum; quam in omni scripto spectare et sequi debemus. *L. pen. D. ad exhib.* Hanc regulam secuti non possumus illud *quocunque loco, et ubique* in superioribus definitionibus aliter interpretari, quam quocunque loco legitimo, et quo alias sine loci adiectione agi potuisset: quia et hoc ex iure est, et est ex mente auctorum, et sententia contraria absurditate sua satis se ipsam refutat.

XII. Instat tamen Bartolus, moveturque contra ea ratione, quæ si vera esset, fatendum esset recte eum sentire. Sed quia falsa est, nihil aliud ille profecit, quam ut errore deprehenso hunc ipsum magis vitare disceremus. Sic ergo illius ratio est. In ambigua oratione legis eam interpretationem sequi debemus, qua fit, ne lex sit supervacua. *L.* 1. in fin. *D. ad munic.* At si in superioribus definitionibus interpretamur eum qui certo loco promisit, posse tantum conveniri his locis legitimis duobus, ubi is domicilium habet, et ubi contraxit; si item interpretamur arbitrariam actionem qua alio loco agitur, ibi solum exerceri posse, ubi promissor domicilium habet; et definitiones superiores, et lex de arbitraria actione alio loco instituenda sunt supervacuæ: quoniam, inquit ille, qui certo loco dare promisit, utroque istorum locorum iure communi conveniri potuit et sine arbitraria actione. Non est

4) Ita et Wes. *ad Tit. C. Ubi conven. qui certo lo. n.* 15. et consentit Duar. *ad tit. de eo quod cer. lo. C.* 4. Zanger. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 81. Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 29. *n.* 10. *et seqq.* quia sermo etiam generalissimus restrictionem recipit et interpretationem ad habilia et idonea, *Gl. in L.* 1. *C. de SS. Eccl.*

est igitur recipiendum, in hac promissione ut extra locum constitutum ibi solum agi possit, ubi reus domicilium habet, sed ut possit ubique et quocunque loco sine exceptione. Sed assumptum Bartoli perspicue falsum est. Nam qui certo loco dare promisit, secundum verba conventionis alio loco, quam constituto conveniri non potest. Sed et iure summo conveniri non posse veteribus visum est: quamobrem et alio loco agenti necessarium [5] fuit novam actionem proponere; sed et eam tum utilem, tum arbitrariam, ne contra verba conventionis læderetur promissor. Testis Caius in *L.* 1. *D. de eo quod cer. loc.* Hinc definitiones superiores veterum ad istam dubitationem removendam expressæ: ut qui certo loco dare promisit, non tantum conveniri possit constituto loco, sed etiam extra eum locum ubi promissor domicilium habet, quanvis conventio videatur prohibere. Scripsi plura in hanc sententiam ad *L.* 1. *D. de eo quod cer. loc.* Quæ cum ita sint, licet iam certo statuere id quod supra posui, iure communi in caussis pecuniariis adversus invitos qui conveniantur ex persona sua non plura loca esse, in quibus agi possit seu in quibus sit competens iudex seu competens iurisdictio, quam illa superiora quatuor, quæ initio sum complexus.

5) Recte: Nam nec alibi, scilicet in loco domicilii, agi potest sine commemoratione loci, in quo sibi dari stipulatus est §. 33. vers. *Loco etc. I. de act.* Nec nisi ex caussa, veluti quod debitor studiose cum locum fugit aut moram quærit alibi, impune agitur, vid. Monach. *Pract. judic. P.* 2. *C.* 6. *n.* 30. *et ad Rub. extra de foro comp. n.* 26. Plane potest debitor se in contractu submittere omnibus curiis, ut paratior sit creditori executio; de quo Gail. 2. *Obs.* 16. *n.* 36. P. Greg. 49. *Synt.* 1. *n.* 6. *et* 7. A. Massa. Gales. *Tr. ad Formul. Camer oblig. etc.*

CAP. XX.

Quibus in locis aliis quam superioribus subjiciatur quis jurisdictioni ex privilegio vel actoris vel rei.

Pupilli, viduæ aliæque miserabiles personæ trahunt ex privilegio reum ad proprium judicem I.

Tale privilegium ad studiosos etiam pertinet in Leodiensi academia. II.

Forum revocant ad proprium judicem ex privilegio licet alibi communi jure conventi. III.

1. *Magistratus illustres in omnibus caussis.* IV. IX.

2. *Milites, præterquam in gravi criminis caussa.* V. IX.

3. *Studiosi.* VI.

4. *Item miserabiles personæ. Utrique in civili caussa dumtaxat.* VII. X.

Omnes ita, si privilegium antea obtinuerint, quam in jus vocarentur. VIII.

I. Sed hæc, inquam, loca sunt sola ex jure communi. At sunt etiam alia ex [1] privilegio, perpacua illa quidem: attamen nonnulla, quæ prioribus ex hac caussa accedant. Hujus generis privilegia quædam jure publico actori tributa sunt, quædam reo actoris privilegium in eo agnoscas, si cui agendi proprius judex concessus sit, ad quem pos-

1) De foro privilegiato plenius, ita Vult. *in L. ult. C. in quib. ca. mil. fori præscr. n.* 6. *et seqq.* Privilegium aut privatum, per speciale rescriptum tributum, ut coram alio quis conveniri nequeat, ob dignitatem personæ, vel ex gratia, quod in singulari persona occupatum. Aut publicum, publicis legibus expressum, vel in corpore juris. Cujusmodi ex parte actoris duo (1) Miserabilibus personis (2) in fisco, quia caussas fiscales, sive fiscus actor, sive reus sit, dijudicat Procurator Cæsaris. Ex parte rei quinque hominum generibus, ubi eodem modo quo hic Donellus, nisi quod addit ecclesiasticos, vel in Novellis imperii. Sic, ait *n.* 72. privilegiatam instantiam faciunt *des Reichs authrage*, ad quæ in Camera conventi status imperii jus revocandi habent, non tam ob præminentiam dignitatis, ut Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 17. quam ne aliis deteriori conditione essent, si plurium instantiarum beneficiis privarentur, Th. Michael. *Disp. de Jurisd. Concl.* 38. De quibus austrægis consule P. Frid. *Lib.* 1. *de Process. extr. C.* 16. *et seqq.* Otho. Meland. *Comm. Cameral. P.* 1. *f.* 16. *et seqq.* ubi *f.* 38. *et seqq.* disputat, an hi judices ordinarii sint vel delegati, Matth. Steph. *Lib.* 2. *Jurisd. P.* 1. *C.* 3. *Membro* 3. Bocer. *de jurisd. C.* 3. *n.* 77. et seqq. Q. et *C.* 7. *n.* 25. *et seqq.* an prorogationi jurisdictionis hic locus sit, tractat.

possit reum vocare, quanvis alioqui non subjectum ejus judicis jurisdictioni. Nam juris communis ordo hic est, ut actor sequatur forum rei, converti turque hic ordo, sicubi ita jus constituitur, ut reus sequatur forum actoris, *L.* 2. *C. de jurisd. om. jud.* Quod quia fit contra rationem juris, in eo necesse est singulare jus et privilegium actoris inesse. Hujus generis privilegium datum est constitutione Constantini [2] pupillis, viduis, et aliis conditione sortis miserabilibus personis. Nam his si res sit cum [3] potente adversario cujus potentiam metuant, et adversus quem in aliis tribunalibus non facile jus suum tenere possint, [4] permissum illis est implorare cognitionem et judicium principis, apud quem cogantur vocati adversarii agentibus respondere. Exstat constitutio in *L. unic. C. quand. Imp. inter. pup. et vid.* Quod constitutum est summa ratione. Nam vel ipsa conditio personarum aliis rebus et auxiliis destitutarum digna est ubique commiseratione: sed tum præcipue, cum præsens periculum a potentioribus imminet: a quibus facile evertantur, nisi quis subvenit melior

et

2) Et pupilli sane qui orphani simul et impuberes *L.* 239. *pr. de V. S.* (secus si in potestate patris vel avi, Vinc. de Fr. *Dec.* 671.) Etsi tutorem habeant. Male enim Castr. *in Rub. C. Quand. Imp. int. pup.* his privilegium istud negat, quod defensorem habeant: Nam immo cum in judicio nunquam esse possint, sine tutore, nunquam ita locus esset privilegio, Vult. *ad d. L. un. n.* 5. Non item minores, etsi patre orbati; quanvis in Hispania, lege regia, idem receptum sit, Covar. *pract. QQ. Cap.* 6. *n.* 2. Viduam vero etiam illam accipi volunt, quæ virum habet sed inutilem, captum ab hostibus, proscriptum, ad triremes damnatum, Menoch. *C.* 66. *n.* 9. Cov. *Pract. QQ. C.* 7. *n.* 2. *in fin.* Wes. *ad h. t. C. n.* 2. Trent. *pract. Res. Lib.* 2. *Res.* 2. *de Cit. n.* 16. aut diutius absentem, quia in his casibus eadem ratio, quod marito destituta, a quo defendatur, injuriis magis exposita. Sic Plaut. *in Stic. Actu* 1. *Sc.* 1. miseram Penelopam vocat, quæ tamdiu vidua, viro suo caruit. Non item si adolescens nupta cum sese, licet et hanc viduam pariter ac nuptam vocet, Plaut. *Mil.* 4. *Cap.* 1. Etsi enim viduas noctes, ut Petron. Arb. *in Satyrg.* loquitur, hæc ducere cogatur, non tamen in eo ratio hujus privilegii posita, et sibi imputet quod illi nupserit. Quanquam recte, de vidua quod luxuriosa vita privilegium hoc perdidit. Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Vol.* 1. *Cap.* 47. *n.* 109. Wesen. *d. n.* 2. Trentacinq. *d. n.* 16. Menoch. *d. loc. n.* 10. Covar. *d. C.* 7. *n.* 1. Sed an in eadem caussa virgines? Ita puto per *L.* 242. §. 2. *de V. S.* vid. *supra Lib.* 8. *C.* 32. *N.* 10. si videlicet parentibus orbatæ, etsi puberes sint vel majores, quia et hic rationi locus, quæ in consilii inopia, imbecillitate sexus et mariti, a quo defendantur, sive privatione sive carentia. Et ita Fulgos. *in d. L. un.* de communi testans, ref. Marta *de Iurisdict. P.* 2. *C.* 21. *n.* 3. wesembec. *ad hunc tit. C. n.* 2. Trentacinq. *d. n.* 16. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 180. Vincent. de Franch. *Decis.* 599. qui et de stupro conquerentem admittit, eo quod actio nata fuerit ex tempore delicti commissi, dum adhuc virgo esset. Diss. Covar. *d. C.* 7. *n.* 2. quia, ait, vidua proprie cujus maritus mortuus est *C. vidua* 34. *dist.* et *d. L.* 242. §. 3. accipienda est latiori sensu, et Vult. *ad d. L. un. n. et* 7. ex interpretatione nominis, sic dici virginem, non sermonis proprietate; Addit quod consonum sic Imperatori se conformare voluisse sacris litteris, quibus viduæ et orphani Principum fidei solicite commendantur, vid. *Exodi* 22. vers. 23. *Esaiæ* 1. vers. 23. *Zach.* 7. vers. 10. *etc.* diss. item Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 42. Monach. *in C. ex parte* 15. *de foro comp. n.* 18. Matth. Steph. *Pr. de Iurisd.* 31. *n.* 29. Quid si divites sint? Sunt qui hoc casu privilegium utriusque negant, Marc. de Mantua *singul.* 34. Maranta *P.* 4. *Dist. iudic.* 9. *n.* 195. Qui juste ab aliis notantur, cum et Lex indistincte concepta sit, et divites non minus imo magis, invidiæ et injuriis expositæ, Gail. *d. Obs.* 1. *n.* 40. Menoch. *d. C.* 65. *n.* 5. *et n.* 11. Vult. *ad d. L. un n.* 10. Cov. *d. C.* 6. *n.* 2. Tessaur. *Decis.* 177. *n.* 3. Marta *de Iurisd. P.* 2. *C.* 21. *n.* 6. Bernh. Grævæ. *Concl. pract. Cam. imp. Considerat.* 1. Trent. *d. Resol.* 2. *n.* 16. quia et alias nihil in his speciale, cum in pauperibus generaliter obtineat. Aliæ miserabiles personæ quæ sint, recenset Menoch. *d. C.* 66. *n.* 13. *et seqq.* Rabuff. *Tr. de Sentent. provis. Art.* 3. *Gl. ult.* Trent. *d. Res.* 2. *n.* 28. *et seqq.* Tessaur. *Decis.* 177. *n.* 1. Wes. *ad h. t. C. n.* 2. ubi judicem hoc ex re definire permittit, sed in casibus tantum jure non expressis, ut et Menoch. *d. loc. n.* 1. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 54. *n.* 9. Sebast. Medic. *de Cas. fort. P.* 2. *Q.* 4. *n.* 5. Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 31. *n.* 36. Sane nimis hoc privilegium extendere videntur, qui fugientibus ad ecclesias, iis servientibus, mercatoribus in itinere gabellis gravatis, Judæis noviter baptizatis, rusticis, quibusvis advenis, id tribuunt, Menoch. *d. loc. n.* 15. *et seqq.* Tessur *d. loc. n.* 15. *et seqq.* Tessaur. *d. n.* 1. Wes. *d. n.* 2. Trentac. *d. Res. n.* 33. Magon. *Cynos. advocat. C.* 59. *n.* 3. *et n.* 11. et, si superis placet, etiam meretricibus Menoch. *d. Cap.* 66. *n.* 25. Magon. *d. n.* 11. Vinc. de Franch. *Decis.* 233. odio certe omni quam favore ullo dignioribus. Quod et cum, eo quo docent viduam luxuriose viventem hoc privilegio excidere, minime convenit. Esto autem sint hæ injuriis hominum magis obnoxiæ, ast non patiuntur indigae. Qui vero dicetur *fortunæ iniuria*, miserabilis, quæ hanc sibi fortunam ipsa fabricavit, turpiter utique faciens quod sit meretrix *L.* 4. §. 3. *de cond. ob turp. c.* Nimis tamen stricte accipit Vult. *n.* 8. de iis qui morbo sontico laborant, indeque inhabiles ad negocia gerenda effecti, ut furiosi, caeci, leprosi, muti, mutili, quia iidem, inquit, qui in *d. L. un. circ. fin.* miserabiles dicuntur, initio *d. L.* diuturno morbo fatigati et debiles. Unde pauperes quoque et captivos excludit. Quibus tamen non injuste id tribuunt, opinor, cum certe hi sint *fortunæ iniuria miserabiles*, ut requirit *d. L. un.* Facit *L.* 49. *C. de Ep. et cler. C. pauper.* 72. *Cap.* 11. *Q.* 3. Recte tamen excipiunt, nisi culpa sua in egestatem inciderint, Covar. *pract. QQ. C.* 6. *n.* 3. Trentac. *d. Res.* 2. *n.* 32.

3) Sed recte Menoch. *d. C.* 66. *n.* 27. Wes. *ad d. t. C. n.* 6. Vult. *ad d. L. un. n.* 18. Gaspar. Schifordegher. *ad Ant. Fab. Lib.* 2. *Tract.* 24. *Q.* 3. adversarii gratiam, vel potentiam, non æque necessariam esse, ut miserationem personæ per voculam *præsertim*, quæ includit casum oppositum. Plane si lis utrinque inter hujusmodi personas, ut si vidua contra viduam vel pupillum judicio consistat, privilegiis confusis communi foro locus, Menoch. *d. C.* 66. *n.* 38. Tessaur. *Decis. n.* 177. *n.* 9. Vinc. de Franch. *Decis.* 188. *et* 533. Trentac. *d. loc. n.* 18. quod pluribus firmat Covar. *Pract. QQ. C.* 7. *n.* 4.

4) Possunt tamen, etsi velint coram judice suo reum convenire, ut arguit prius membrum *d. L. un.* Nam si rei hi ad curiam principis evocari nequeant, neque si actores sint, in eadem inviti litigabunt. His itaque judices duo (1) Ordinarius jure communi. (2) Ex privilegio Imperator. Sed inter hos statui Vult. *ad. d. L. un. n.* 19. non omnino concurrentem jurisdictionem esse, sed quodammodo, quia præventioni locus non sit, cum etsi lis coram judice rei ordinario cœpta caussam in curia principis prosequi, et ita variare licere velint Tessau. *Decis.* 177. *n.* 6. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Res.* 2. *de Citat. n.* 10. Vinc. de Franch. *Decis.* 294. quibus etsi contradicant Covar. *Pract. QQ. Cap.* 7. *sub fin.* Gaspar. Schifordegher *Lib.* 2. *ad Ant. Fab. Tract.* 4. *Q.* 3. ex caussa tamen, et si appareat non vexandi adversarii gratia judicium cœptum translatum velle, admitti illorum opinionem posse reor. Neque enim reliquæ Schifordegheri rationes me movent. Veluti quod lite contestata contractum sit, Nam regula, Forum quis sortitur loco contractus, in his personis non necessario obtinet etc. Dato tamen quod tacita renunciatio hujus privilegii eligendo judicem ordinarium variationem adimat, non ideo consequens erit expressam renunciationem ejusdem, ut Schiford. *Q.* 3. arguit. Nam et exceptione Senatusconsulti Vellejani libere non utitur mulier conventa, est efficaciter ei in contractu non renunciat *supra Lib.* 12. *Cap.* 32. *N.* 4. Et verius æque, uti recentius est hac renunciatione, si scilicet in contrahendo negocio accedat, nihil agi, quia cum privilegium favore misericordiæ nitatur, renunciatio ejus bonis moribus adversa Schrad. *de Feud. P.* 10. *C.* 2. *n.* 36. Tessaur. *Decis.* 177. *n.* 5. Trentacinq. *d. Resol.* 2. *n.* 37. Sebast. Med. *d. Cas. fort. P.* 2. *Quæst.* 4. *n.* 57. Vinc. de Franch. *Decis.* 192. *n.* 7. Matth. Steph. 1. *de Iurisdict.* 31. *n.* 39. Quo facit quod regula traditur, juri introducto ob renunciantis ætatem vel sexum renunciari non posse, Andr. Talner. *de Varior. Iur. Renunc. Cap.* 15. Diss. Vult. *in d. L. un. n.* 15. Schiforedeg. *d. Tract.* 24. *Q.* 1. *et* 2. Enimvero hodie in imperio usus hujus privilegii non magnus, cum principes imperii hodie, non ut magistratus, sed ut domini provinciis suis præsint. Unde illis subjectæ viduæ pupillive processus in Camera omisso medio, non impetrant. Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 4. Paurmeist. 2. *de Iurisdict.* 4. 2. 97. *et n.* 99. *C.* 8. *n.* 92. Matth. Steph. *d. C.* 31. *n.* 44. Bocer. *de Iurisdict. d. C.* 3. *n.* 4. Vultc. *ad d. L. un. n.* 20. *et seq.* ubi recte nihil tamen impedire, quo minus status imperii, in sua quisque ditione, hanc Constitutionem in usum revocare possit. Quanquam Wes. *ad h. t. n.* 19. in specie tradit de Saxoniæ Ducibus, quia et ipsi privilegiati sunt, ut ab eis provocatio non sit, ideo adversus ipsos usurpari hoc privilegium non posse. Quo ipso adversus alios principes hodieque ejus usum statuere videtur. Volunt et DD. miserabiles personas adversarios suos coram Episcopo convenire posse. Unde earum caussas misti fori quidam vocant, de quo Marte *de Iurisdict. P.* 2. *C.* 21. quod declarant, si judex sæcularis in justitia administranda negligens *C. ex tenore* 11. *extra de foro comp.* Covar. *Pract. QQ. C.* 6. *n.* 1. quidam etiam ad pauperes solos restringunt, quos refert Paurmeist. 2. *de Iurisdict.* 7. *n.* 53. Ac in hisce caussis in utroque foro judicandum esse juxta jus Canonicum, docet Trentacinq. *Lib.* 2. *Resol.* 9. *de Iudic. n.* 6. *et Re.* 2. *de Citat. n.* 37.

et potentior. Cujus rei curam sua majestate et clementia non indignam putavit princeps. Hujusmodi privilegium aliis personis datum jure civili non legimus. Neque vero oportuit. Nam cum hoc dictet naturæ ratio, in pari caussa meliorem conditionem esse debere rei, quam actoris. *L. in pari*, *L. favorabiliores*, *D. de reg. jur.* ex quo est jus illud, ut actor sequatur forum rei, non contra: non debuit ab eo jure, quod semel æquissimum esse constituisset, sine magna et evidenti caussa discedi.

II. Legibus tamen patriis non dubito, quin observare liceat hoc idem genus privilegii nonnullis aliis datum in plerisque regionibus. Licet certe spectare in Academia Leidensi inter studiosos. Ubi inter cæteras Academiæ leges unum caput est de jurisdictione, quo cavetur, ut studiosi qui illic sunt, ita Rectorem sibi judicem proprium [5] habeant, ut non tantum conventis jus sit ad eum revocare, sed etiam ultro agentibus jus ad eum vocare exterum quemlibet. In quo aperte hoc constituitur privilegii, ut reus actoris studiosi forum sequatur.

III. In reo hujusmodi privilegium fuerit, si ei proprius et certi loci judex ita datus sit, ut alibi conventus ad eum judicem revocare forum possit, quanvis alioqui ibi conventus, ubi domicilium habebat, aut ibi contraxerat, aut ubi res sita erat, de cujus possessione aut proprietate agitur. Nam his lecis conventus iure communi in ea caussa est, ut in his ipsis se defendere debeat. *L. heres*, §. 1. *D. de jud.* Quod si cui datum erit, ut ne in illis se defendere cogatur, quod ei datum apparet, cui ius est alio revocare; necesse est in eo singulare jus et privilegium rei versari. Hoc genus privilegii licet observare tributum esse jure civili quatuor generibus personarum, magistratibus, militibus, studiosis, et miserabilibus personis illis, quas supra commemoravimus.

IV. Magistratibus neque omnibus, neque in omnibns caussis; sed magistratibus illustribus, et iis quos enumerat constitutio Zenonis [6] *L. ult. C. ubi senator. vel clariss.* et datum in criminibus eadem constitutione, ut accusati non apud alium iudicem se defendere debeant, et caussam dicere, quam [7] apud principem, aut eos quibus princeps eam cognitionem committendam putarit. Datum hoc istorum amplitudini et dignitati.

V. Militibus [8] proprius judex constitutus magister militum, apud quem solum conveniri inviti possint in omnibus caussis etiam si de crimine agatur. Datum militum favori, et ne facile a signis evocentur contra Reipublicæ utilitatem. *L. magisteriæ*, *C. de jurisd.* hujus privilegii vestigium indicatur in *L. si quis posteaquam*, 7. *D. de jud.*

VI. Studiosis constitutus judex [9] Rector cu-

5) Augustinus adhuc privilegium Montispessulanorum, de quo Rebuff. *Priv. Schol.* 140. anno 1457. a Carolo VII. (ita legendum, corrupte apud Rebuffum excusum Carolo IX. qui id temporis nec natus erat) Franciæ Rege concessum, quo Doctores et studiosi debitores, injuratores, (sic loquitur) jurium detentores inquietatores et molestatores (atque ita in actionibus realibus etiam) etsi per quinque diætas vulgares distent coram suis judicibus, conservatoribus studii, quos vocat, conveniunt et respondere cogunt. Etsi vero generaliter dici possit studiosos esse personas miserabiles Menoch. *d. C.* 66. *n.* 26. cum *in Auth. habita* dicatur, quis enim non eorum misereatur etc. cujus etiam miserationis caussas festive percenset Rebuff. *in d. Auth. p.* 661. *et seqq.* indeque privilegium superius ad eosdem pertinere probabile videatur, sicuti et Rebuff. *Priv. Schol.* 162. regulam generalem constituit, quod studiosi actoris forum reus sequatur, add. Gregor. 18. *de Rep.* 7. *n.* 15. usu tamen contra servatur: non tam quod studiosi miserabiles *fotunæ injuria*, quos *d. L. un.* requirit, non sint, ceu vult, *in L. un. C. in quib. casin. mil. fori præscript. n.* 10. vel quod in *L. un.* fiat collatio judicis inferioris ad superiorem, *in Auth. habita*, paris cum pari, ut idem. Inde enim hoc sane efficitur, ad suum judicem non posse trahere studiosum actorem adversarium, qui alterius fori: at non istud caussam in curiam principis introduci non posse. Nam *d. L. un.* miserabili personæ agenti hoc tribuit, non ut reum ad suum judicem inferiorem, ipsi reo plane incompetentem trahat, sed ut ad Imperatorem, qui omnium competens, omisso medio, et ordine instantiarum non servato. Quam quia in ipsa *Auth. habita* vindicatio injuriarum studiosis illatarum, rectoribus locorum, id est ordinariis magistratibus, uti olim rectores provinciarum dicti præsides, præcipitur. Unde patet ex ea caussa principem non adiri, sed nec cognitionem esse Rectoris academici, aut præceptoris, vel Episcopi, quod posterius etiam inde infert Pac. *ad d. Auth. habita Cap.* 7. *n.* 10. Simile vero Privilegium superiori est Senatoribus Lusitanis, reos ad prætorem Curialem vocantibus, Georg. de Cabedo *P.* 2. *Decis.* 86. item Sabaudis qui adversarios in jus vocant, ad Sabaudiæ juridicum majorem, Ant. Fab. 20. *Coniect.* 8. *p.* 109. Et Neapolitanis omnibus sive origine sint sive habitatione, ut exteros ad suum tribunal vocent, ipsi enim vocari nequeunt, Vinc. de Franch. *Decis.* 416.

6) Atqui refertur ibi quoque Procurator Cæsaris, qui tamen coram Rectore provinciæ accusari, et ab eo supplicio affici potest *L.* 9. *C. Ubi cap. fisc.* R. Vult. *ad d. L.* 9. *n.* 6. exceptionem ibi tradi in delicto concussionis, cui et gravissima illic pœna statuta ob singulare delicti odium ad terrorem incutiendum. Et quia dignus ille non est qui judicem habeat principem, quem male audire ipse fecit.

7) *Et L. si gravius* 16. *C. de dignit.* Illustres qui fuerint, et de veteribus dignitatum gradibus vide Tiraq. *de Nob. Cap.* 2. *n.* 17. *et seqq.* Menoch. *Arbitr. Cas.* 68. Duar. 2. *Disp.* 1. *et ad tit. D. de Senat. Cap.* 1. Joach. Steph. 3. *de Iurisd.* 9. Vult. 1. *Jurispr.* 6. P. Greg. 47. *Synt.* 12. *n.* 12. *et seqq.* Forst. *de Iurisdict. Parte* 1. *Cap.* 1. *n.* 68. *et seqq.* Perrenon. 1. *Animadv. et Var. Lect.* 25. Fachinæ. 12. *Contr.* 90. Sic in Gallia Proceres regni non nisi coram Paribus Franciæ præsente Rege judicantur. Bodin. 4. *de Repub.* 6. *n.* 465. Et jure Hispanorum cautum, ne quemquam cujusque civitatis primarium, decurionemve, præsides capite damnent plectantve inconsulto Rege. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 1. *n.* 20. *et seq.* Quare et Germanos Principes, quibus nulli illustriores ac nobiliores, si de præscriptione agatur, judicium Cameræ Spirensis non pati debere, sed solius Imperatoris etc. P. Heig. *P.* 1. Q. 9. *n.* 42. *et seqq.* In officiales quoque et domesticos Principis inferioris, non magistratus loci ubi deliquerunt, sed principis ipsius cognitionem esse tractat P. Heig. *P.* 2. Q. 25. add. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisdict. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 81. *et seqq.* Quanto minus dandum Vultejo qui ad *L.* 1. *C. Ubi Senat. n.* 48. ipsos imperio immediate subjectos criminaliter conveniendos docet in loco ubi deliquere; Imperatori ita demum jus de eo statuendi, si quis alibi quam in loco admissi criminis convenire velit.

8) De judicibus militaribus adi Coteræ. *Lib.* 2. *de Iure mil. Cap.* 6. Vult. *ad L.* 6. *C. de Iurisdict. et ad L. ult. C. ubi de ratiocin et ad L. un. C. In quib. ca. mil. fori præscr. n.* 17. *et seqq.* Georg. Acac. Enenkel. 2. *de Priv. milit.* 5. De magisteria dignitate, P. Greg. 47. *Synt.* 30. *n.* 24. *et seqq. et* 19. *Synt.* 18. *tota.*

9) Etsi enim magister in *d. Auth.* significet præceptorem ut *L.* 19. §. *ult. de rec. arb.* usus tamen ita fert, ut non omnium Præce-

cujusvis Academiæ, ad quem quanvis alibi conventi tanquam ad suum judicem revocare possunt: Datum literarum et honestiorum studiorum nomine constitutione Friderici, *auth. habita*, *C. ne fil. pro patr.*

VII. Et miserabilibus illis personis, quorum ante in agendo meminimus, eadem constitutione Constantini datum, ut [10] ad principem revocare possint, si alibi conveniantur a potentiore, cujus potentiam metuant. *d. L. unic.*

ptorum et Professorum, qui plures in Academiis, si cognitio, sed ut Rector creetur semestris. Donellus noster *ad d. Auth. n.* 20. *et seq.* Zanger. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 124. qui caussas leviores solus disceptat, graviores convocato Senatu vel concilio, de quo Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. P.* 2. *Cap.* 12. Putat quidem Rebuff. *Priv. Schol.* 69. non exerceri jurisdictionem a magistris in discipulos, qui ad eos non veniunt. Quod si illos accederent juris reddendi et accipiendi gratia, in volentes adhuc eis fore jurisdictionem, quia non inveniatur adempta. Et idem *Priv.* 158. posse eos hodieque cognoscere, atque se hac jurisdictione sæpius usum esse, scribit. Qui et *in d. Auth. p.* 730. ex illa constitutione quoslibet doctores in suos studiosos notionem habere, ut Theologiæ studiosi, apud Theologum conveniantur, etc. Pac. *in d. Aut. Cap.* 9. *n.* 5. ei tantum hoc tribuit, cui dat operam scholaris, ut si pluribus æqualiter, studiosi electio sit. Quanquam vero communis velint studiosi ex *d. Auth. habita* tres esse judices: Magistratum loci, Episcopum, et Rectorem, seu ut alii, Doctorem, quomodo in §. *pen. constit. omnem de rat. ac meth. jur. doc.* nominantur præses, Episcopus et linguæ Professores. (Quod et de præside inde probari censet Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 8. *n.* 89. quia etsi loco studiorum non contrahatur domicilium, studiosi tamen privilegiis civium et subditorum utantur. Sed sibi ipsi vix convenit, dum more subditi id ad odium extendi non debere) Rebuff. *Priv. Schol.* 152. *et interpretat. d. Auth. verumtamen p.* 730. ubi scribit per *dominum* posse Rectorem intelligi, qui dominus in Universitate; posse etiam et convenientius dominum loci, Vult. *ad L.* 1. *de jurisdict. n.* 127. *et ad L.* 1. *C. In quib. ca. mil. fori præscr. n.* 5. qui hoc tamen privilegium habere docet, ut coram alio quam Rectore conveniri nequeat, atque ita jurisdictioni Episcopi et præsidis privilegio, non jure, exemptus sit. Ac coram ordinario loci vel Episcopo actionem excipere possit, si volet, ut ratum sit, quod agatur, neque tam illam prorogationem futuram, quam jurisdictionis competentis excitationem. Si vero caussam ibi tractari nolit, jus revocandi ad Rectorem habere ex privilegio: add. Bover. *de Jurisdict. Cap.* 3. *n.* 92. *et seq.* Verius tamen puto duos tantum judices in *d. Auth.* constitui, dominumque ac magistrum, velut ἐκ παραλλήλȣ, ut Pac. *C.* 9. *n.* 3. accipi debere. Quomodo et Donellus *in d. Auth. n.* 27. *et seq.* electionem tribui duorum, magistri et Episcopi, non vero magistratus urbis, nec ad hunc revocare posse coram illorum alterutro conventum, et Sc. Gent. 3. *de Jurisdict.* 17. *in fin.* Et movet me maxime, quod *ibidem* districte et severe vetantur ad *alium judicem* (qui nullus puto alius commode accipi potest quam magistratus loci) trahi. Accedit quod in academia studiosus domicilium non contrahat, vid. *supra Cap.* 12. *N.* 5. Quare, nec absque ea constitutione Friderici, magistratus ordinarius loci illi foret competens per se, nisi alia caussa accedat, puta quia ibi contraxit vel deliquit. Denique et alias quantum speciali certarum personarum, vel caussarum judici datur, tantum de generali jurisdictione ordinarii detractum, vid. *supra Cap.* 9. *N.* 13. maxime quando in certum genus personarum, et ad universitatem caussarum, ubi privative concessam jurisdictionem tradens Vinc. de Franc. *Dec.* 417. *n.* 7. Utut sit, hodie certe constat, nullam omnino magistratui loci jurisdictionem in studiosos tribui, adeo ut nec sponte illius judicium subire permittantur, nec prorogatio jurisdictionis, aut renuntiatio privilegii fori valeat, Coler. *Decis.* 296. Vult. *ad L.* 1. *de jurisdict. n.* 128. *et n.* 168. Matth. Steph. 1. *de jurisdict.* 22. *n.* 36. Tametsi hoc posterius moribus potius, quam ex juris ratione obtineat, quæ prorogationem in studioso non impedit, Pac. *ad d. Auth. habita C.* 9. *n.* 10. Bron. 1. *Ass.* 24. Bocer. *de Jurisdict. Cap.* 7. *n.* 14. Quæ enim illa ratio, quod non favore privato, sed totius corporis seu universitatis hoc privilegium judicis proprii datum sit. Plane et hoc displicet, quod Pac. *C.* 9. *n.* 3. *et seq.* ideo Rectorem omitti putat in *d. Auth.* quia ejus judicium declinare non liceat ob jusjurandum, quo studiosi rectori adstricti sunt, atque ita electio judicis, quæ *d. Auth.* tribuitur, Rectori non conveniat; itemque quia ea costitutio ad omes scholas, non solas academias pertineat, quod et idem tradit *Cap.* 4. *n.* 4. arg. *L.* 6. §. 2. *de excus. tut.* Nam illud quidem, etsi fere eo Sichard. *ibid. n.* 17. Rebuff. *Priv. Schol.* 153 et Matth. Steph. *Lib.* 3. *P.* 2. *Cap.* 10. *n.* 7. *et C.* 12. *n.* 52. moveantur, quam rationem consequentiæ habeat non video, nisi pariter inferre quis velit cuicunque juramento obedientia promissa ejus cognitionem detrectari non licere. Quin inobediens non censendus, qui electione, jure publico tributa, utitur. Denique, admissa opinione Pacii, optio *d. Auth.* tributa inanis erit, ex potestate adversarii pendens, qui Rectorem adeundo facere poterit, ne studiosus electione utatur. Hoc vero posterius negandum est, Don. *ad d. Auth. n.* 2. Paurmeist. 2. *de Jurisdict.* 8. *n.* 9. Neque enim magistris in scholis trivialibus jurisdictio, sed modica castigatio, Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 29. vi moderatoriæ potestatis, *supra Lib.* 3. *Cap. ult.* Cæterum eodem privilegio frui, volunt, ministros et famulos studiosorum, itemque publicos academiæ bidellos typographos, etc. Rebuff. *Privil. Schol.* 166. Pac. *ad d. Auth. Cap.* 4. *n.* 15. *et seq.* Sich. *ibid. n.* 11. Matth. Steph. post. alios *Lib.* 2. *de Jurisdict. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 86. *et Lib.* 3. *P.* 2. *Cap.* 6. Diss. quodammodo Zoan. *Tr. de Rom. imperio n.* 261. *et seq.* Et sane alio atque alio jure academiæ in hoc utuntur. (Generatim vero quando privilegium fori, vel immunitatis, protrahatur ad servos, famulos, colonos, etc. tractat, Menoch. *Cap.* 562.) Sed et si caussa communis scholari cum alio nec dividenda; hic ex persona illius forum fortietur per ea, quæ Reb. *Privil. Schol.* 106. Et retinere hoc privilegium absentes intra quinquennium, quia eo usque præsumitur animus revertendi *L.* 5. *in fi. de capt. et postl.* postea autem amitti per *L.* 2. *et* 3. *C. de commeatu.* vult. Pac. *in d. Auth. C.* 4. *n.* 5. *et n.* 13. Sich. *ibid. n.* 15. Cui promptius in hoc accederem, quam in illo, quod idem docet *d. C.* 4. *n.* 8. post Sichard. *in d. Auth. n.* 9. docentes vel discentes in patria hoc privilegio non gaudere. Nam immo ratio, qua in vers. *dignum d. Auth.* his quoque communis, quanvis ratio altera, in vers. *quis enim non misereatur*, non æque conveniat. Notum autem est cessante una ex pluribus ratione, dispositionem non deficere. Illud pluribus convenit excipi Clericum scholarem, qui alibi quam coram Episcopo conveniri nequeat, nec voluntate etiam sua Rectorem judicem habere possit, Rebuff. *Priv. Schol.* 5. Pac. *d. C.* 4. *n.* 9. Sich. *in d. Auth. n.* 19. Deciam. 4. *Tr. crim.* 19. *n.* 65. Scip. Gentil. 3. *de Iurisdict.* 18. Marta *de Iurisdict. Part.* 4. *Cent.* 1. *Casu* 39. declarans hoc, nisi Clericus Rector electus sit, unde expedire censet, ut semper Clericus eligatur, qui in omnes indistincte jurisdictionem exercere queat, vid. et Rebuff. *in d. Auth.* v. *peregrinantur pag.* 624. *et seqq.* Plane generalius omnes scholares Clerici vocantur, vid. Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Iurisdict. Part.* 1. *Cap.* 2. *n.* 4. Studiosum quoque de rebus, quas extra locum academiæ tractat, alia quam studiorum contemplatione, videlicet propriarum rerum componendarum caussa coram judice illius loci conventum, jus revocandi non habere, arg. *L. und. C. in quib. ca. mil. fori præscr.* statuit Vult. *in d. L. unic. n.* 59. itemque si negationem exerceat in provincia aliqua, ex caussa illius coram ordinario loci respondere *ibid. n.* 65. item si negotiis civilibus se implicet in controversiis illorum occasione obortis, *ibid. n.* 70. Et de alibi gestis, ac contractis, conventum in loco studii exemplo legati, posse domum revocare, tradant Pac. *in d. Aut. C.* 9. *n.* 14. Sich. *ibid. n.* 19. Rebuff. *Privil.* 121. Matth. Steph. *d. P.* 1. *C.* 12. *n.* 68. *et seqq.* Quid si contra pupillum aliumve miserabilem studioso lis? Quia hic magis privilegiatus, ideo posse studiosum ad Principem vocari, non autem ad dominum loci trahi, sentit Pac. *d. Cap.* 9. *n.* 11. add. Sich. *in d. Auth. n.* 20. Quæritur, Quis academiæ totius seu universitatis (ut vocatur, sive quod universa artium genera complectatur ut Perion. *Lib.* 1. *de Græc. et Rom. magistr. in fin.* sive quod universis ad eam aditus patet, atque professoribus et studiosis collegium et corpus habere licet, ut mavult Matth. Steph. *d. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 16. *et seq.* Cui Gymnasii nomen non convenire Scal. *Lib.* 1. *Poet. Cap.* 21. cum Gymnasia fuerint, in quibus gymnici ludi ab athletis nudis, pulvere et arena conspersis, exercebantur. Unde a præfecturi gymnasiorum dicuntur immunes philosophi, rhetores, etc. *L.* 5. §. 8. *de excus.* vid. Ant. Aug. *Lib. sing. ad Modistin. pag.* 248. judex competens? Quidam episcopum putant. Sichard. *in d. Auth. n.* 23. quod inde probant, quia cum nulla Clericis careat, ecclesiasticus judex sit in caussa cum laicis communi, quam receptam esse opinionem, sed quæ usu vix obtinebat, testatur Menoch. *Cap.* 272. *n.* 13. Alii, cum major pars minorem trahat, distingunt an clerici, an vero laici plures sint, et æquales exemptam jurisdictionem laici concedant, ref. Decian 4. *in Tr. crim.* 9. *n.* 42. Qui ipse *n.* 43. in effectu consentit, dum ideo academias non exemptas jurisdictioni laicorum scribit, quod semper horum numerus major. Pacius *d. Cap.* 9. n. 20. Cæsarem statuit, qui cum specialem protectionem studiosis polliceatur, utique et protector totius universitatis. Accedit quod solius Imperatoris vel Pontificis auctoritate academiæ eriguntur, earumque fundatio et privilegiorum concessio a solo pendet, Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisdict. P.* 1. *Cap.* 1. *Membro* 2. *n.* 63. *et seq. et Lib.* 3. *P.* 2. *Cap.* 2. Addit. Pac. si alius protector Cæsare inferior, uti Princeps academiæ nutritor, eum adiri posse, etc.

10) Si ejus judicium oraverint. Nam si malint coram ordinario suo inferiore respondere, ibi conveniri debent, forumque principis declinare possunt. Et hoc quoque ipsis privilegium, quod ut invitos ad curiam principis trahunt, ipsæ vero extra domicilium trahi nequeunt. Quod etsi jure novo commune sit, *Nov.* 86. *Cap.* 1. tamen exceptio est, nisi ordinarius sit negligens. Hos autem nec hoc casu posse, censet Trentac. 2. *pract. Resol. Tit. de Citat. Res.* 2. *n* 1. de quo dubito. Sic rescripto principis potest trahi adversarius ad incompetentem *L.* 5. *C. de Jurisdict.* Sed et id fallere in his, scribit Trent. *d. lo. num.* 2. etiamsi clausula extaret, non obstante quacunque lege contraria, sed necessariam esse specificam atque expressam mentionem: non obstante quod sit vidua etc. (add. Vinc. de Franch. *Decis.* 178.) *Ibid. n.* 8. declinari ab his forum principis, etsi ibi tunc existat, et Menoc. *Arb. Cas.* 66. *n.* 37. Et prodest hoc privilegium litis quoque consortibus, ne caussæ continentia dividatur, Trentac. *d. l. n.* 9. Menoch. *d. Cas.* 66. *n.* 29. Tessaur. *Decis.* 177. *n.* 5. nec amittitur si lite pendente vidua nubat, vel pupillus ad suam tutelam veniat. Tess. *n.* 4. Menoch. 82. Trent. *n.* 15.

unic. C. quand. imp. int. pup. et vid. Et certe si iis propter tenuitatem et commiserationem personæ hoc tribuitur, ut ultro agentes potentem adversarium ad principis auditorium vocare possint; quanto magis conventis in eodem metu idem concedi oportuit?

VIII. Habet tamen hoc genus privilegii duas cautiones. Unam, ut jam tum cœperit competere, cum reus alicubi vocatus est, unde ex privilegio ad suum judicem revocat. Quod si nondum privilegio quæsito reus præventus sit vocatione actoris in iis locis, in quibus tum cum agi cœpit, justa vocatio fuit: meminerimus ejus quod supra diximus, instituti judicii et vocationis hanc vim esse, ut reo quæsitum postea privilegium [11] nihil prosit, quominus quo loco idonee primo vocatus est in eo et deinceps se defendere debeat. *d. L. si quis posteaquam, D. de judic.*

IX. Altera cautio ad caussas de quibus agitur, pertinet. Neque enim suprascriptis omnibus personis licet id privilegium in criminibus ususpare. Licet magistratibus, de quibus dixi, quibus illud ipsum privilegium superius in criminibus solum tributum est. Licet et militibus, quibus nominatim magister militum etiam in [12] criminibus judex datus est in *d. L. magisteriæ, C. de jurisd.* Sed tamen hactenus, dum de militari delicto, aut alio non gravi agatur. Nam si quid miles gravius admiserit in ea provincia in qua repertus est, placet eum contempto privilegio ibi pœna plecti debere, ubi delictum admissum est, *L.* 3. in pr. *D. de re mil.*

X. Cæteris [13] ut studiosis, et miserabilibus illis personis quas diximus, si quid deliquerint, et ibi conveniantur, ubi deliquerunt, non licet sua illa præscriptione uti sed eos ubi deliquerunt, ibi et publicis legibus subjici placet, omnem hujusmodi præscriptionis honorem reatu excludente. Hoc in *L.* 1. *C. ubi senat. vel clar.* Et recte. Eleganter enim Triphoninus: *non recte legis invocat*, inquit, *qui contra eas committit.* L. auxilium in fin. *D. de minor.*

CAP.

11) Sunt et alii casus, quibus privilegiatus jure communi in sortiendo foro utitur, qui in *L. un. C. in quib. ca. mil. fori præscr.* quos *ibid.* expedit Vult. quem adi. Quando privilegium miserabilium cesset, Menoch. *Cap.* 66. *n.* 38. *et seqq.*

12) Vinc. de Franch. *Decis* 88. vid. *L. ult. C. de agent. in reb. lib.* 12. *tit.* 20. *L. ult. C. de re milit. L. ult. C. ubi quis de curiali tit. C. de Off. milit. jud.* Plane rector provinciæ militem reum capere, et deinde ad judicem suum remittere potest *L.* 1. *C. de exhib. reis* vid. Coteræ. 2. *de Jure mil.* 6.

13) Quod tamen de neutris expeditum. Nam quoad miserabiles contra docent Trent. *d. Res.* 2. *n.* 13. Menoch. *d. Cas.* 66. *n.* 34. Quoad studiosos consentiunt sane Muscorn. *de Jurisdict. n.* 76. quia *litis* verbum *d. Auth.* non conveniat caussæ criminali, per *tit. C. de fruct. et lit. expens. L.* 1. *de testib. L.* 6. *de V. S.* Vult. *ad L. pen. C. Ubi. Ca. fisci n.* 3. Sich. *in d. Auth. n.* 21. P. Heig. *P.* 2. *Q.* 11. *n.* 7. *et seqq.* quia merum imperium generali jurisdictionis concessione non venit. Ast in alia abeunt, ipse Donellus noster *in d. Auth. habita n.* 14. *et seq.* quia lis sit generaliter, ubicunque contenditur. Et negocium criminale legimus *L.* 5. *C. de jurisd.* Quin si in privatis caussis prospectum voluit Imperator ne judices iniquos habeant, magis in criminalibus, ubi majus periculum. Delinquens auxilio sane indignus, sed quid si deliquisse non constet? Scip. Gentil. 3. *de Jurisd.* 17. fuse hinc inde disputans, ut et Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. P.* 2. *Cap.* 12. *n.* 97. *et seqq.* qui Rectori imperium merum competere adstruit (quod et statuit Pac. *in d. Auth. Cap.* 9. *n.* 13, ita tamen ut velit id ipsi, ut judici ordinario alias competere, non vero ex *d. Auth.* quam de Rectore in universum non loqui, sentit, ut *supra*, sed Episcopo, et magistro, seu præceptori, quibus cognitio criminalis neganda sit,) et post Accurs. Bart. et Clar. §. *fin. Q.* 5. Paurmeist. 2. *de Jurisd.* 8. *n.* 91. Quicquid vero sit, recte idem hoc tempore odiosam inanemque esse hanc contentionem; siquidem privilegia ita hodie reguntur, ut usus et principium voluntas, qui academias fundarunt, definit Matth. Steph. *d. Cap.* 12. *n.* 80. *et n.* 130. sicuti tota magistratum et jurisdictionis distinctio inde pendet, P. Greg. 32. *Synt.* 10. *n.* 8. Ex specialibus itaque, cujusque academiæ privilegiis, hoc omne metiendum. Sicuti Tubingensi Academiæ tributum jus gladii, Sichard. *in d. Auth. n.* 22. Et de Ingolstadiensi, Oxoniensi, et Parisiensi refert Scip. Gentil. *d. Cap.* 17. Quanquam ex Rebuff. *Privil.* 152. *et in d. Auth. pag.* 731. Rectorem tantum de certis caussis, non adeo multis cognoscere apparet. Reliquas vel Episcopos disceptare, si clerici studiosi lis, vel conservatorem regium, si laici, Gryphisvaldensem cum omnimoda jurisdictione mero et misto imperio fundatam, perhibet Matth. Steph. *d. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 23. *et n.* 116. Lipsiensis hoc insuper peculiare habet, ut non tantum in urbe Lipsia deprehensi, sed et extra ad tres dietas a magistratu loci capti Rectori avocanti cognoscendi puniendique remitti debeant; Frideric. Pensold. *in Addit. ad Decis. Coleri* 296.

CAP. XXI.

Suspectum judicem quamvis magistratum, idoneum judicem non esse. Tum de judicibus datis: unde horum initium; qui vocentur, qui idonei; & de horum dandorum potestate.

Transitio. Judicem idoneum esse qui non sit suspectus. I.

In suspicionem venire etiam Magistratum. Ideo de suspicionis caussis opportunus hic locus. II.

Prætores Romæ, et præsides in provinciis olim potuisse judicare, si vellent. III.

At ex jure Justinianeo ipsos per se cognoscere debere. IV.

Item dare judices potuisse de jure civili. V.

Dati judices quot appellentur nominibus, et quæ appellationum significatio. VI.

Duo in judice dando spectari oportere, et quæ. VII.

An datus judex sit idoneus, æstimatur ex tribus, et quæ illa. VIII.

I. Cum in suo territorio adhibitur is, qui jurisdictionem habet; cum in caussis jurisdictioni suæ attributis; cum adversus eas personas; quæ ejus jurisdictioni subjectæ sunt, quod faciat aut litigatores consensus, aut superiora loca, in quibus quemque justis de caussis conveniri posse et debere diximus: tum efficitur jurisdictio ea quam competentem diximus, judex competens is quem in his rebus quæsivimus. Ut jam inventus sit nobis in jurisdictione, non solum is qui jurisdictionem habeat; sed etiam in jurisdictione quis sit, in ea caussa de qua agitur, competens judex; quod secundo loco quærebamus. Quæ ut concurrant, nondum tamen idoneus judex constitutus est, quem volumus. Tertium et postremum accedere oportet, ut ne sit suspectus.

II. Justæ caussæ sunt suspicionis in quovis judice. Ob eas caussas putamus etiam magistratum et eum quem vocant judicem ordinarium, non secus ac privatum rejici posse. De quibus ideo hic locus postulat, ut in magistratu ipso cognoscatur, quæraturque, quomodo et quando ex his recte removeatur, ne sit judex. Sed quoniam hæ caussæ maxime incurrunt in judices datos, certe præcipue ad hos existimantur pertinere; melius visum est hac quæstione in eum locum delata, ubi de judicibus datis agemus, de re tota eo loco semel dicere, quod nihilominus ad hanc quoque partem referatur. Et sunt sane eæ caussæ ejusmodi, quæ non minus obstent magistratui cognituro, ne recte et ex officio ac fide judicet, quam judici dato. Sed ut si quæ sunt, obstare debent: ita his remotis constituta est supra scriptis rebus judicis jurisdictio; constitutus is, cujus jurisdictio sit de ea re de qua agitur, qui idem in ea caussa sit idoneus omni ex parte judex, ut si cognitionem ad se delatam suscipere volet, nihil ei desit ad cognoscendi, judicandique potestatem.

III. Nisi forte quis erit, quin olim, cujus esset jurisdictio, non putet potuisse judicare. Quod tamen neminem adhuc fuisse puto, qui negaret. Nam qui disputant prætorem olim non solitum judicare, id eum, ut arbitror, facere potuisse non negant: sed non fuisse in more, ut faceret, contendunt. Quod ad me attinent, sic statuo, etiamsi prætores Romæ, aut præsides in provinciis non essent judicare soliti (de qua re est inter eruditos homines dissensio) tamen si vellent, judicare jure et legibus [1] potuisse. Quinimmo ideo magistratus esse con-

1) Immo, tam hoc quam illud in dubium vocari, et utrumque a quibusdam negari, reperimus. Potuisse eos judicare et consuevisse quoque, docent Baro *Var. QQ. de Iurisdict. fol.* 41. *et seqq.* qui ex Cic. *de LL.* Agell. et Ascon. etc. constare, scribit, Prætorem urbanum sententiam etiam in judicio, in quo de facto ambigitur, dixisse. Charond. *de Iurisdict. n.* 6. Robert. 4. *Sent.* 23. Bocer. *de Iu-*

constitutos, ut de civium controversiis pro potestate judicarent. Inde magistratus veteribus, ac non posterioribus tantum temporibus judices appellati. Quo Livius *lib.* 3. *ab urbe condita* testatur. Idem ex illis verbis Ciceronis *lib.* 3. *de legibus* potest intelligi: *Juris disceptator*, inquit, *qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor esto.* Non enim me movet, quod quidam non [2] fuisse eas duodecim tabularum leges, quas Cicero proponit, disserunt. Ut non sint; tamen Cicero compluribus locis in illis libris profitetur suas se leges aut ex lege duodecim tabularum, aut ex more majorum expressisse. Cujus hæc verba sunt libro secundo: *Ergo adeo exspectatæ leges, quæ genus illud optimum Reipublicæ contineant, et si quæ forte a me hodie rogabuntur, quæ non sint in nostra Republica, nec fuerint; tamen erant fere in more majorum, qui tum ut lex valebat.* Item illa ex lib. 3. *Quam brevi, frater, in conspectu posita est a te omnium magistratuum descriptio: sed ea pene nostræ civitatis, etsi a te paulum allatum est novi.* In libris nostris magistratus aperte nominantur judices ex quo ille Titulus, *D. de rebus auctoritate judicis possidentis.* Non enim hic intelligere possumus judicem privatum; sed magistratum dumtaxat, et eum qui præditus est potestate: cujus solius est jubere possidere, et in possessionem mittere [3] *L. Fulcinius, D. quib. ex causs. in possess. eat L.* 4. *D. de jurisd.* Hinc illa Ulpiani in *L.* 1. *D.* de jud. *si se subjiciunt aliqui jurisdictioni, et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.* Apertius Paulum competentem judicem vocat eum quem dicit pro iurisdictione sua multam irrogare posse. Quanquam vel illud certissimum argumentum est magistratus etiam ipsos iudicare potuisse, quod ipsi iudices dare potuerunt. Nam quomodo iudicandi potestatem [4] transferrent ad alium, qui ipsi iudicare non possent? et ius et natura prohibent. *L. nemo plus, D. de reg. jur. L.* 4. §. *ult. D. de offic. proc.* At enim magistratus populi Romani et præsides provianciarum cognoscere et iudicare non solebant, sed iudices dare. Agnosco, sed non eo minus et ipsi iudicare poterant. At distincta

risdict. Cap. 1. *n.* 41. Nam et præsides caussas dijudicasse, ait Baro, probari liquido *L.* 8. *et seq. de off. præs.* unde arguit: Si præses, quem unum provincia tota habebat, facilius Prætor, quum in urbe tot essent magistratus. Et judicationem ac cognitionem magistratibus tribui *L.* 42. *de re iud. L.* 4. *de off. eius L.* 11. *de Iurisdict. etc.* Lege enim conceditur judicem dare *L.* 12. *de iudic.* non injungitur. Contra Magistratus non judicasse, nisi in certis caussis extra ordinem, Cujac. 9. *Obs.* 23. *in fin.* Govean. *ad L.* 13. *de iurisdict. n.* 3. *et seqq.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 2. *n.* 9. *et seqq.* Duar. 1. *Disput.* 53. *et de Iurisdict. Cap.* 2. *et in Apolog. adv. Baron.* ubi ad *d. L.* 8. *et* 9. Resp. ibi non tractari de officio præsidis ordinario, sed vi ac potestate rescripti. Qui et ideo dictas extra ordinem cognitiones censet. Quod si munus prætoris ordinarium judicare, ait Duarenus: Ulpianus in *L.* 5. *de re judic.* edictum non improbasset, sed ad judices datos produxisset. Quæ tamen parum roboris habent. Vand. 1. *Quæst.* 10. Negocia caussarum, id est factum contentionis, et speciem veluti an heres sit, an debeat, etc. nunquam in ordinariis judiciis, ipsos magistratus cognovisse. Vult. 1. *Discept.* 1. *pag.* 10. *et seq.* Magistratus pro jure potestatis suæ potuisse, vel judicare ipsos, vel jubere judicare. Raro vero illud, tum quod vocare non potuerint, tum quod majestate sua inferius duxerint; denique quod noluerint. Sic enim Cic. *ad Q. Fr.* 1. Epist. 2. *Quid? Prætor solet iudicare deberi? Solet* dicit non *Potest.* Et Sueton. *in Claud.* Cap. 15. *in his, quae ordinarii iuris magistratus non cognoscebant, sed iudices dabant.* Verba hæc ad factum referuntur, non ad jus et potestatem. Quod vero specialem judicem ipse se dare nequit *L. ult. de off. præt. L.* 4. *de tut. dat.* id inde esse, quia ipso jure judex existit, vi officii sui, nec ulla datione opus. Scip. Gentil. 1. *de Iurisdict.* 28. Non solitus, inquit, judicare passim Prætor, sed non posse nemo posthæc dixerit, cum tot eruditi viri id refutaverint. At idem ipse, sui oblitus, *Lib.* 2. *Cap.* 21. jure ordinario, moreque prohibente, judicare prætores non potuisse per *L.* 2. *princ. C. de pedan. iudic.* et nec debuisse, nec consuevisse ipsos cognoscere, nisi paucis de caussis, et raro. In quo et consentiunt Anton. Guib. 1. *Quæst.* 8. Busius *ad L.* 1. *de iurisdict. n.* 8. *et seq.* Timæus Fab. 1. *Annot.* 23. Gothofr. Ant. *Disput. Antivult.* 3. *Th.* 15. *et seqq.* Qui maxime urgent *d. L.* 2. *C. de ped. iud.* verba; *non possent cognoscere* vid. *Ca. seq. N.* 4. et Ciceronem *d. loco* ad jus potius et morem respexisse, scopo ejus attento, liquere; quin imo si in Republica Romana ita observatum et magistratus ipsi non cognoscerent, utique consuetudine vetitos illos fuisse, arguit Goth. Anton. *d. Disput. Th.* 26.. *et* 2. *seqq.* Quin Timæ. Fab. *d. lo.* pro hoc ipso adducit *d. L.* 8. *et* 9. *de off. procons.* quia utrobique verbum *debeat* formam necessitatemque juris denotet. Quo hoc cum velle apparet remissis negociis ad præsides a principe, ipsum vel cognoscere debere, et non posse judicem dare, scilicet si caussa prætoriæ cognitionis; vel judicem dare debere et cognoscere non posse, scilicet si caussa ordinarii juris.

2) Et recte vid. Duar. *in Apolog. contra Baron. n.* 3. ubi ad hoc plures locos ex ipso Cicerone profert. Ac scitissime ostendit Fr. Pollet. *Lib.* 3. *Histor. fori Cap.* 4. *p.* 226. *et seq.* add. Ant. Guib. *QQ. Jur. Cau.* 11. *n.* 13. Cujac. *ad L.* 24. *de V. S.* Merc. 1. *Opin.* 17. Nihil quoque vetat verba, *qui privata judicet*, ad cognitiones prætorias; illa vero *judicarive jubeat*, ad ordinarias referre. Gotofr. Ant. *d. lo. Th.* 29.

3) *L.* 2. *Si quis in jus voc. non ier. L.* 34. *Sol. matr. L.* 20. *Com. divid. L. ult. in fin. de Cur. fur.* junct. *L.* 1. §. 3. *verbo decreto de tut. et rat. distr. L.* 4. §. 1. *de interr. in iure L.* 32. *princ. de adopt. L.* 32. §. 7. *de rec. arb. L.* 1. §. 6. *cir. fin.* ibi pro æstimatione judicis de postul. *L.* 8. *princ. D. Qui satisd. cog.* junct. *L.* 1. *D. L. quis caut.* (Satisdatio enim judicio sisti est stipulatio prætoria *L.* 1. §. 3. *de stip. præt.*) *L.* 5. *C. de iudic.* a judice judex delegatus, id est a magistratu datus specialis *L. ult. C. de præt. pign.* ubi pignora prætoria quæ a judicibus dantur *L. pen. D. de iudic. L. pen. iudic. solvi L. ult. de R. P. L.* 13. *Quod met. ca. L.* 2. *C. de usur. et fr. leg. rub. C. de iurisdict. om. iudic.* Baro *Var. QQ. de Jurisdict. fol.* 44. et passim Guibert. *QQ. Jur. Cap.* 9. *n.* 6. *et* 7. Govean. *Lib.* 2. *de Jurisdict. n.* 38. *et seq.* Et priscos promiscue Prætorem, Judicem, Consulem usurpasse, docet Lips. *de Magistr. vel. pop. Rom. Cap.* 7. Sed et Agell. 14. *Noct.* 4. judicis officium describens magistratum intelligit, quia ea judici delegato non conveniunt. Quod vero Wes. *ad tit C. de pedan. iud. n.* 5. *et* 6. docet non vocari judicem, nisi addito officii titulo, qui tribunali præest, nec absolute nisi in materia, quæ proprie ad eorum jurisdictionem pertinet, id *dd. LL. pleraque* non admittunt. Sicuti nec illud probo, quod ratione earum tantum caussarum, de quibus cognoscere poterat, ut Guibert. *d. lo.* Timæ. Fab. *Annot.* 23. Immo etiam tunc cum ipse non judicavit, ut per *d. Rub. D. de reb. auct. iud. poss.* probat Scip. Gentil. 1. *de Jurisdict.* 28. et Don. noster *infra Lib.* 24. *ad tit. de iureiur. Cap.* 15. ubi vide.

4) Ad hoc resp. Gothofr. *Disp. Antivult.* 3. *Th.* 30. distinguit inter potestatem judicandi, quæ vi jurisdictionis semper competit, et exercitium, quod illis regulariter, jus ordinarium et mos per se expedire vetuit. Sicuti personæ illustres etsi actiones ipsæ habeant, non tamen per se eas exercere possunt, sed per Procuratorem. Et certe, addo ego, non debet cuiquam absurdum videri, si hoc magistratibus, in quibusvis caussis non licuit, quasi inde imminuatur eorum auctoritas, vel potestas. Immo augetur, si non possunt ea, quæ infra suam conditionem, quæque tanti non habita, ut eo animos a curis gravioribus abstractos demittere deberent.

cta hæc sunt, ius dicere, et iudicare. Distincta: verum non ut in quo est potestas iuris dicendi, non sit etiam in eo et potestas iudicandi: sed ita, ut distinguitur species a genere. Nam in iurisdictione inest cognoscendi et iudicandi potestas: in notione non statim iurisdictio. Non quod dicitur in *L.* 3. *D. de jurisd.* Jurisdictionem esse etiam judicis dandi licentiam: vel hoc unum maxime declarat non solam iudicis dandi licentiam esse iurisdictionis, sed et alia quoque. Quæ certe constat esse complura. *L.* 1. *D. de jurisd.* In quibus ne dubitemus hoc ipsum etiam olim fuisse ut statueret magistratus, utrum iudicaret ipse, an iudicem daret.

IV. Nunc quidem hæc omnis quæstio sublata est constitutionibus, quibus non modo non denegatur facultas cognoscendi magistratibus, sed etiam ipsi cognoscere iubentur. *L.* 2. *C. de peda. jud.* Cognoscere igitur ipsi judicareque et antea potuerunt, si vellent, et nunc possunt maxime. Quod ipsis suscipientibus nihil est, ut dixi: amplius, quod de jurisdictione eorum et potestate in eo judicio ambigatur.

V. Sed fieri potest, ut det judicem is, cujus de ea erat jurisdictio. Judicem, inquam, idest eum qui de re cognoscat et judicet; nihil amplius: qui notionem habeat cum judicandi potestate conjunctam, non jurisdictionem. Quod si fit; si quidem jure dari potest, hic nobis nascitur secundum genus illud judicum, de quo initio proposuimus sub titulo de judicibus; judicum nimirum eorum quos iudices datos appellamus, et quorum [5] notionem solum, non jurisdictionem esse diximus. Quo genere oblato inducetur deinceps et in horum judicum persona eadem illa quæstio, quæ in magistratibus, et iis qui jurisdictionem habent, sitne continue idoneus judex, qui ab eo qui jurisdictionem habuit, datus est, et an recte datus persevcret. Si tamen, inquam, agnoscitur hoc genus judicum jure civili, et si jure judex dari potest ab eo, qui pro jurisdictione sua aditus judicem dare maluit, quam ipse judicare, aut ideo dedit, quia non poterat per occupationes cognoscere. Nam si judex dari non potest, frustra qualis sit is judex, quæritur. Sed et plusquam certum est, constitutam esse hanc potestatem judicum dandorum jure civili, ut quorum jurisdictio est, hi judicem dare possint. Unde et judicum datorum tam crebra mentio, et horum sententiis judicati auctoritas tot locis tributa. Ex quo et illæ quæstiones natæ, qui judices dare, darive possint, et quibus in caussis. *L. penul. L. cum prætor*, 12. *L. judex*, 46. *D. de jud. titu. C. qui pro sua jurisd. jud. dare poss.* Et ne longius abeamus, ipsa adeo jurisdictio dicitur esse etiam iudicis dandi licentia. *L.* 3. *D. de jurisd.* Quod nihil aliud est quam in jurisdictione inesse potestatem judicis dandi, proinde qui jurisdictionem habeat, huic ipsi judicem dare licere.

VI. Atque hinc quoque rem secuta nomina rei et personæ judicum convenientia, quæ ideo hoc in loco observari utile erit, non solum ut hos judices jure civili cognitos esse testentur; sed etiam ut ex appellationibus judices ipsos agnoscere discamus. Plura enim hæc nomina sunt, neque omnium significatio et vis eadem. Dicitur [6] ergo qui a magistratu judex datus est, usitate quidem et ex

5) Non autem jurisdictionem nec mandatum, ut DD. vulgo errant, vid. *infra Cap.* 23. Et ita Duar. 1. *Disput.* 53. *ac ad. L.* 7. *§. et ideo de pact.* Cujac. *in Par. C. de pedan.* Camill. Plautius *ad Rub. D. de off. ejus Lib.* 1. *Cap.* 5. *n.* 5. Anton. Guib. *QQ. iur. Cap.* 9. *n.* 15. Anton. Fab. *ad L.* 1. *de iurisd.* Vult. *ad L.* 3. *C. de iurisdict. n.* 14. Gœdd. *ad L.* 99. *de V. S. n.* 1. Qui tamen sui immemor *ad L.* 215. *eod. n.* 9. Judcii dato tribuit, et male, ab imperio nudam jurisdictionem, qui plus imperii, ait, non habet, quam quatenus ei satis est ad caussæ datæ examen. Quomodo et Pollet. 3. *Histor. fori Cap.* 1. *et Cap.* 6. ac Govean. *ad L. de iurisdict.* sæpicule vocant judicis dati jurisdictionem. Tametsi hic alibi *Lib.* 2. *de Jurisdict. n.* 5. illi tum jurisdictionem tum notionem male negat, eo quod cognoscere nisi jussus nequeat. Immo notio hujus propria, ut *Cap.* 26. *N.* 6. Quanquam autem hi jurisdictione et imperio careant, tantum tamen illis potestatis, quantum satis est ad illius caussæ expeditionem, Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 11. Eaque ipsis concessa, sine quibus negocium explicari nequit, argum. *L.* 3. *de iurisdict.* ut jubere partes coram se adesse, testium nomina edi, dare dilationes, jubere cavere, stipulatione judiciali, quæ ad merum judicis officium pertinet. Govean. *ad L.* 2. *de iurisdict. n.* 3. de quibus vid. Scip. Gentil. 1. *de Jurisdict.* 15. Cæterum his facti tantum, non juris notio, Charond. *de Jurisdict. n.* 25. et ut Ræv. *Pro tribunal. Cap.* 11. nuda simplexque veritatis, quæ facti, et juris certi inquisitio commendabantur. Nam si perplexa juris incideret quæstio, judex non poterat sumi ex ordine selectorum, ut Seneca 3. *de Benef.* 7. Sed controversiæ, edicto concilio sive conventu, centumvirorum sententiis, apud Urbanum prætorem dirimebantur; unde Cic. 1. *de Orat. p. m.* 189. Centumvirales caussas in jure positas dicit. Ac diserte Quintilian. *L.* 4. Cap. 2. *Apud datos iudices*, ait, *de facto certoque iure, de iure incerto apud centumviros, decemvirosque, tractari solet*, Ræv. *d. lo. et* 2. *de Preiudic.* 7. Phil. Broidæ. *in Supplem. ad Pollet. Lib.* 5. *Hist. fori Cap.* 5. *pag.* 442. P. Greg. 47. *Synt.* 12. *n.* 4. Ius igitur non dicebant, sed a magistratu in formula dictum pronunciabant, ut Vult. 2. *Jurispr. n.* 13. nec illis licebat diversum jus ab eo, quod formula præceptum sequi. Duar. *in Apolog. de Jurisd. n.* 2. (ubi tamen agnoscit de jure et æquitate ex formula ipsa litem oriri potuisse) adeo ut nec condemnare, nec absolvere possent, nisi ejusdem formulæ permissu, Govean. *ad L.* 1. *de iurisdict. n.* 3. Hinc judex datus ad restituendum fundum; si apparebat fundum alterius esse, non poterat eum adjudicare, ut ex Cic. *in Prætura Siciliensi* probat Govean. *d. lo. n.* 3. Facit. *L. pen. D. de confess.* add. Pollet. 3. *Histor. fori* 15. Diss. quodammodo Baro. *Var. QQ. de Jurisdict. f.* 41. Joach. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisdict. Cap.* 5. *n.* 16. *et* 2. *seqq.* Scribens si actio in jure versabatur, arbitros datos, ut ex æquo et bono judicarent, vel judices formula præscripta. Sin de facto controversia, Recuperatores. Qui idem tamen *Lib.* 3. *Cap.* 4. *n.* 16. *et n.* 19. Recuperatores fuisse ordinarios judices, jurisdictionemque ordinariam habuisse, prætorique aut præsidi eos assedisse, statuit. Quæ nec secum ipsa conveniunt. Assessores enim ut *infra Lib.* 18. *Cap.* 2. *N.* 17. nec jurisdictionem nec notionem propriam habent.

6) Qui et selecti, vid. *infra Cap.* 24. *N.* 21. addicti passim in veterum scriptis, Scip. Gentil. 2. *de Jurisd* 8. cognitores dati *L. un. C. Qui pro sua iurisdict.* disceptatores, vid. Pollet. 3. *Hist. fori* 12.

ex re ipsa iudex datus. *L. judex*, 46. *D. de jud.* et odem sensu judex delegatus. *L. a judice*, *C. de jud.* Sed quod ab ea datione abest longius, dicitur etiam specialis judex. *L. ult. D. de off. præt. L.* 5. *D. de offi. præsi.* Idem et judex [7] pedaneus. *L.* 3. *D. ne quis eum qui in jus voc. vi ex. L.* 4. *D. de tut. et cur. dat. titu. C. de pedan. jud.* Pro quo dictus est Græcis [8] χαμαιδικάστης. Sic appellatur Justiniano *Novel.* 60. *ut defuncti seu fun. eo*, *§. illud.* Sic Theophilo *Instit. de interd.* in prin. Quarum appellationum hæo ratio et notio est. Dicitur datus ideo, quia non sumitur a litigatoribus, ut solent sumi et adiri judices ordinarii ad jus cuique reddendum jam ante constituti; sed ita litigatoribus judex est, si nominatim et ut quæque res incidit, illis sit datus. Dicitur delegatus eadem notione qua datus, quia delegatus est ad caussam cognoscendam, et judicandam. Specialis ideo, quia datur specialiter de re certa, et ea quæ nunc se offert, non latius. Pedaneus autem a pedibus, ut significetur is judex, qui judicet sedens quidem, sed tamen ex [9] imo loco ita, ut humum calcet pedibus, et ab iis qui humi insistunt, non multum differat. Appellatio dicta ex judicis sessione. Sessio autem huic generi proprie attributa, quæ indicaret judicem esse eum, qui jurisdictione præditus non esset. Est enim insigne hoc magistratuum, et eorum, qui vice magistratuum funguntur ut jus dicant sublimes et a solo elati, insidentes videlicet ei sellæ, quæ Romanis [10] tribunal appellatur, aut in editioribus subselliis. Unde illa, cognoscere pro tri-

arbitri jure dati. Hosce enim pro iisdem fere sumit, et Jurisconsultos promiscue usurpasse, contendit Duar. *de Iudic. Cap. de Iudicib. datis*, et *ad L.* 7. §. *et ideo de pact. fol.* 55. et fac. *L.* 24. *Depos.* junct. *L.* 7. *de neg. gest. et L.* 54. *Locati.* Quanquam cum et arbitri a judicibus separentur §. 1. *I. de act. L.* 9. *L.* 15. *pr. de re iud. L.* 7. *pr. ad L. Iul. repetund.* alii arbitros datos ad æquitatis cognitionem velint, Bodin. 3. *de Rep.* 3. *n.* 277. vel ubi de jure controversia P. Greg. 46. *Synt.* 12. *n.* 4. Alii arbitros dictos in bonæ fidei judiciis ac arbitrariis, judices in strictis, Ant. Guibert. *QQ. Iur. C.* 9. *n.* 15. Vult. *in* §. 1. *de act. n.* 47. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. Iure civ. Rom. Cap.* 18. Alii, et melius, varias pro re subjecta arbitri acceptiones esse, ut modo judex datus quilibet significetur, modo specialius in bonæ fidei vel arbitrario judicio, modo cui incidens tantum negocium explicandum commissum *L. pen. de confess. L.* 9. *et* 10. *Qui satisd. cog.* modo in locum judicis suspecti electus, ut *infra Cap.* 35. *et* vid. Paarmeist. 1. *de Iurisdict.* 29. *n.* 4. Eosdem Recuperatores vocatos recte censent Duar. *d. lo.* Pollet. 3. *Hist. fori* 15. Rævar. 3. *Var.* 20. Quia Valer. Prob. *Lib. de Litteris antiquis* veteris formulæ meminit. *Quanti ea res erit, tantæ pecuniæ iudicium recuperatorium debo*, Plaut. *Bacchid.* 2. Sc. 3. *Postquam quidem recuperatores dedit*, ubi Taubm. ex Hotom. ita dictos in privatis controversiis, quacumque de re ageretur, et Agell. 20. *Noct.* 11. *Pratores iniuriis æstimandis, recuperatores se daturos edixerunt.* Quin igitur non in solis interdictis usurpati, ut fere sentit Joach. Steph. 3. *de Iurisdict.* 8. *n.* 16. *et seq.* sed et in mutuo et aliis; et satis liquet ex Cic. *Verr.* 3. ubi crebra recuperatorum mentio, et ex eodem Cic. *pro Flacco* probat Pollet. *d. lo.* ubi vocatos vult, quod apud illos certetur de recuperando, et quod in sponsionem depositum. Festus vero *Lib.* 16. quod de rebus privatis recipiendis, reddendisque cognoscerent, P. Greg. 4. *de Rep.* 5. *n.* 11. ubi scribit, in facti quæstionibus datum fuisse vel judicem unum vel recuperatores saltem tres. Et judicem quidem a recuperatore separat Cic. *pro Cæcina*, non longe ab initio, sed facile sequentia conviucunt judicem cum intelligere caussæ capitalis. Plura de Recuperatoribus Coras. 3. *Misc.* 18. Petr. Nann. 9. *Miscell.* 6. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiquo Iure civ. Cap.* 18. *p.* 222. *et seq.*

7) *L.* 1. §. 6. vers. *item Senatusconsulto de postul. L.* 83. §. 10. *de pœn. L. pen. C. de pact. L.* 2. *C. de libert. et eor. lib. l. ult. C. Ubi et ap. quos in int. l.* 15. *in fin. C. de iudic.* Qui loci et alii plures adducti a Govean *Lib.* 2. *de Iurisd. n.* 25. et Vult. 1. *Iurisd.* 1. *n.* 15. cum ubique costans sit scripturæ fides, plus satis arguunt temeritatis eos qui pedarios judices, non pedaneos legi debere contendunt, Vacon. 6. *Declar.* 83. Rainal. Cors. 2. *et Indag.* 21. et Marcell. Donat. *Dilucidat in Tacit. Lib.* 3. *p.* 150. Enimvero *Pedanei* quidem *dici judices dati* ut *t. t. C. de pedan. jud.* Nec assentiendum est Mucorno *de Juris. n.* 173. et Charond. *de Jurisdict. n.* 9. putantibus ibi significari, quibus jurisdictio mandatur: tum per seriem *tit. Cod.* ubi *tit. de pedan. jud.* sequitur tit. *Qui pro sua jurisdictione.* Tum per *d. L.* 3. *Ne quis eum qui in jus voc. L.* 38. §. 10. *de pœn.* quæ ad judicem specialem referri nequeunt. Denique quia Anian. *ad* 5. *sent. Pauli* 28. pedaneos dici qui ex delegatione caussas adiunt. Mandati vero et delegationis promiscua usurpatio. Nam hos omnes *LL. d. t. C.* diserte refellunt, quæ dari hos judices nimis clare dicunt. Et imo, in *L.* 5. *C. de Judic.* delegatus non potest accipi, cui mandata est jurisdictio, ne repugnet *L.* 12. *D. eod.* Nec sequitur: delegatio idem significat quod mandatum: Ergo ut supra. Nam et judici speciali mandatur, non jurisdictio, sed caussa, et delegatur is ad judicandum et cognoscendum, Baro *Var. QQ. de Jurisdict. sol.* 4. Ad quos autem *d. L.* 3. *et d. l.* 38. referri debeant, mox dicetur. Dispositio titulorum Cod. non adversatur. Nam titulus *de pedan. iudic.* est de personis qui dantur: sequens vero de iis qui dant, seu delegant conceptus. Sed non solis his judicibus propria hæc appellatio, verum, ut rectissime *Ræv.* 3. *Coniect.* 20. communis omnibus qui in subsellis considebant, quibusque tribunal ascendere fas non erat. Sive illi magistratus essent Romanorum minores; ut Tribuni, Quæstores, Triumviri, Ascon. *in Divinat. Cic. P.* 10. Confer. P. Fab. *ad L.* 70. *de R. I. p.* 521. ubi ex Dione *Lib.* 44. minores magistratus non βῆμα, sed βάθρα habuisse docet, et Cornel. Vitell. Annotat. *in Georg. Metulam C.* 22. P. Greg. 2. *de Rep.* 6. *n.* 4. Quo sensu pedanei in *d. L.* 1. §. 6. *de postul.* cui ita non obstat *d. L.* 1. §. 2. verbis *apud eum qui iurisdictioni præest*, quod solius est magistratus. Nam et hi judicia sua minora propria auctoritate exercebant. Sic et accipi vult Ræv. *in L.* 5. §. 1. *Ne quis eum qui in ius voc.* de quo suo loco. Sive magistratus municipales, ut in *d. L.* 58. §. 10. *de pœn.* Nam ut offerri curiæ dicuntur, qui in decuriones recipiuntur, ita et submoveri curia, qui decurionum ordine moventur. Sic enim Curia in municipiis accipitur *L.* 19. *ad Munic.* sive denique judices a magistratibus addicti ut *t. t. C. de pedan. iudic.*

8) Χαμαὶ enim significat humi, in terra. Et χαμαιδὴς idem sonat quod humilis, Duar *de Judic. C. de iudic. datis fol.* 155. Etsi Vult. 2. *Jurispr.* 1. *n.* 13. hoc epitheton magis illis sub Imperatoribus convenire, quam sub populo Romano, ubi caussas etiam graviorem tractarint. Atqui non a caussis, sed a loco, quo judicabant, hæc appellatio.

9) Ita Ræv. 3. *Coniect.* 20. quod non in tribunalibus aut sellis curulibus, sed subsellis considerent, Agell. 14. *Noct.* 2. Scip. Gentil. 2. *de Jurisdict.* 8. Wes. *ad tit. C. de pedan. jud. n.* 13. Quasi imi subsellii judices, Briss. *in Lex.* Quasi agipides aut planepides, quod in subselliis de plano judicarent, collatitio aut fortuito scamno, fortuito cespite, Cujac. *in Par. C. de ped. jud.* Quod plano pede judicarent, non pro tribunali, sederentque humiles, vel litigatoribus conducentibus subsellia, Sueton. *in Nerone* vel ærario præbente gratuita, Cujac. *ad Nov.* 82. Aliter Vult. 2. *Jurisp.* 1. *n.* 13. non autem loco, sed a modo cognoscendi dictos mavult, quod formulæ præscriptæ tenaciter inherentes in sententiam magistratus pedibus irent. Sed hæc notatio non convenit magistratibus minoribus et municipalibus, qui æque sic vocantur, ut *supra N.* 7. Alii dictos volunt exemplo pedariorum Senatorum, Govean. *Lib.* 2. *de Jurisdict. n.* 26. Broidæ. *in Coroll. ad Poll.* 5. *Histor. fori* 8. *n.* 6. quod ut illi in curiam, ita hi in forum pedibus irent, nec sella curuli veherentur. Unde et pedarios, pro pedaneis restituunt Vacon. Cors. et Marcel. Donat. ut *supra N.* 7. Sed hanc notationem reprebat Duar. *de Judic. Cap. de Judic. dat. fol.* 115. Alii quod stantes in Comitio judicarent ex illo, Cic. *de Clar. Orat.* In comitium veniant, ad stantem judicem dicant: subsellia grandiorem vocem desiderant. Anton. Guib. *QQ. Jur. Cap.* 9. *n.* 14. Sed. Wes. *ad. t. C. de ped. iud. n.* 13. *per Nov.* 82. *Cap.* 3. verbo *sedebunt*, id reprobat. De subselliis tum judicum tum litigantium pluribus Poll. 1. *Histor. fori* 6. Corn. Vitell. *Annot. in Merulam Cap.* 22. Ald. Manut. *L.* 3. *de Quæsit. per epist.* 4.

10) Tribunal locus erat sublimis et editus, quo per gradus conscendebatur, capax admodum et spaciosus, curvatus paululum ut conciperet, quasi in circuitu, adstantes, de cujus forma vid. Rævar. *Protrib. Cap.* 7. Sibrand. Tetar. Siccama *Lib.* 1. *de Centumvir. iudic. C.* 3. Pollet 1. *Hist. fori* 6. P. Greg. 2. *de Rep.* 6. *n.* 11. Hot.

tribunali, et tribunali præesse, de iis qui pro jurisdictioni cognoscunt, et præsunt jurisdictioni *L.* 2. *D. de re jud. L.* 1. *D. de jud.* Verbo Greco Justinianus et Theophilus vim pedanei judicis commode et admodum significanter expresserunt.

VII. Licet ergo, ut dixi, judicem dare, estque hoc genus judicem datorum distinctum ab illo altero, de quo diximus, nec minus et re et nominibus cognitum et usitatum jure civili. Sed videndum est, quatenus. Non enim passim concessum est judicem dare. Certæ sunt in eo conditiones et leges, extra quas judex datus non est idoneus, ac propterea ne judex quidem est. Sed etsi ab initio idoneus sit, qui datus est; tamen necesse est, ut judex esse perseveret, quem ad extremum talem esse volumus. Qui judex esse desiit, ex jure tam judex non est, quam si ab initio datus non esset. Quapropter restant hic nobis illa duo, de quibus ante dixi, quæ in judice dato quæramus, An judex datus sit idoneus, et an datus perseveret.

VIII. Judex datus idoneus est his, qui jure datus est; seu qui ita datus est, ut per leges licet. Ut jure datus sit judex, et is quem idoneum dicimus, tribus in rebus positum est, quas jus hic spectari voluit, et quibus legem dedit: in caussis de quibus agitur; in persona dantis judicem; et in persona ipsius judicis dati. In caussis, ut in his judicem per leges dare liceat: non enim licet dare in caussis omnibus. In persona dantis, ut sit is qui jure judicem dare potuerit: non enim omnes dare possunt. In persona judicis dati, ut sit is qui officio judicis fungi possit. Non enim fungi possunt omnes, nec conditione ipsa personæ omnes sunt idonei judices quanvis recte delegati. Quare qui quid jus hic præscribat noverit, idem quis sit idoneus aut non idoneus judex, intelliget, de quibus sigillatim cognoscendum est.

CAP.

ad L. 8. §. 17. *de transact*, Joach. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisdict. Cap.* 3. *n.* 34. *et seq.* ac qualis fuerit in provinciis, idem *Lib.* 3. *Cap.* 12. *n.* 32. In hoc tribunali ponebatur sella curulis, ut ex Valer. Max. *Lib.* 3. *Cap.* 5. Siccama *d. Cap.* 3. (licet cum locum de sella in plano posita accipiat Ræv. *d. Cap.* 7.) de qua vid. *not.* Goth. ex Brissenio, tacito auctore ad *L.* 1. §. 5. *de postul.* Sæpe tamen de plano Prætor vel Proconsul cognoscebat: Et opponuntur hæc de plano et pro tribunali *L.* 3. §. 6. *de bon. poss. L.* 2. §. 1. *Quis ordo in bon. poss. serv. L.* 18. §. *ult. de qq.* Planaria enim cognitio in plano loco et inferiore fiebat; cum vel ex tribunali in aream descendebat magistratus, et obiter *κα]ὰ πόδας* evestigio litem dirimebat. Pollet 1. *Histor. fori* 5. *pag.* 38. vel etiam, cum per vicos plateasque urbis obambulans, dum adessent operæ ejus indigi sella eburnea in plano loco posita, iilique insidens controversias rerum minorum disceptabat, Liv. *Lib.* 41. Rævard. *d. Cap.* 7. Siccama *d. Cap.* 3. ubi cognitionem hanc non tantum solemnibus sessionum diebus, sed etiam feriatis fieri solitam statuit etc. Quanquam non eandem fuisse expeditionem de plano cum cognitione summaria contra Ræv. *d. lo.* et Forcat. *Dial.* 80. contendat Jacc. Cur. 3. *Coniect ad Fr.* 41. Ab eademque distare cognitionem levato velo *L. pen. C. de Naufr. Lib.* 11. *tit.* 4. Forcat. *d. Dial.* 80. *n.* 5. quam pro eadem habet Broidæ *ad Pollet.* 1. *Histor. fori* 5. *n.* 2.

CAP. XXII.

Quibus in caussis judex dari possit.

Ratio ordinis et partitio. I.
Judicem dare nemo potest in iis, quæ ad jurisdictionem dantis non pertinent. II.
Excipitur judex a principe datus, et qualis hæc exceptio sit, explicatur. III.
Non omnes caussas, quæ sunt ex jurisdictione, judicis dationem pati. IV.
Analysis et summa L. placet 2. C. de ped. jud. V.
Quomodo discernendæ caussæ, in quibus judicem prætores dabant; quod ipsi nòn possent cognoscere: *quæ posteriorum verborum vis et significatio.* VI.
Duo caussarum genera, quæ præsides ex officio cognoscebant. 1. *Criminales.* VII. VIII.
2. *Caussæ cognitionis prætoriæ. Harum species quatuor, et quæ.* IX. X.
Quorundam in his explicandis notatur inscitia. XI.
Ratio constitutionis et distinctionis superioris. XII.
Superior constitutio non pertinet ad judices a principe datos; et quare. XIII.
Item nec ad humiliora negotia; et quæ sint id genus. XIV.
Nihil constitutioni illi detractum Justiniani Novella 60. *Cujus rei explicandæ duplex ratio: quæ probabilior.* XV. XVI. XVII.
Superiorum collectio, et transitio. XVIII.

I. PRincipio cum de potestate judicis dandi quæritur, ipsa caussa spectanda est, in qua judex datur. Nam si caussa hanc dationem non admittit, frustra progredimur longius, quæriturque de jurisdictione dantis, aut conditione dati judicis, quæ quantunvis idonea, tamen in caussa aliena nihil juvent. Non omnes autem caussæ judicem datum admittunt, ut proposui. De quo ex jurisdictione judicis in ea caussa primum: post deinde ex genere ipso caussa statuendum est.

II. Quædam enim caussæ ad jurisdictionem dantis pertinent, quædam non pertinent. Si quæ non pertinent; de his ante omnia hoc statui oportet, cujuscunque generis caussæ sint, neminem in his judicem dare posse. De quo diligenter cautum est in *L. unic. C. qui pro sua jurisd. judic. dar. da. poss.* his verbis: *In caussarum delegationibus*, ajunt Imperatores, *illud consultissime præcipimus observari, ut ita valeant si ad jurisdictionem pertineant* [1] *delegantis.* Et addunt quod ad vim hujus dationis pertineat, atque ita cavent, *si quis alienæ jurisdictionis caussam crediderit delegandam*, adeo pro [2] infecto id fu-

1) Competentia et incompetentia judicis dati, adeoque omnis ejus auctoritas pendet a competentia dantis, Vult. *ad L.* 1. *C. de iurisd. n.* 23.

2) *L.* 1. *C. de pedan. iud. L.* 1. *in fin. D. Quod quis iur. L.* 2. *in fin. de pæn. tit. C. Si a non comp. iud.* Nec ullus major judicii defectus, cum habeatur pro insanabili, quia jurisdictio basis et lapis angularis totius judicii, ut ex Vantio *Tit. de Nullit. ex def. jurisdict.* Vult. *ad L. ult. C. ubi in rem n.* 7. Pruckm. *Vol.* 1. *Cons.* 8. *n.* 308. *et seq.* Atque hæc nullitas nullitatum vocatur interpretibus A. Fab. 20. *Coniect.* 5. quæ nec promissione jurata de non veniendo contra tollitur, Seraphin. *de* Seraph. *Privil. iuram.* 61. *n.* 23. nec statuto de non opponenda nullitate, P. Wes. *Cons.* 5. *n.* 20. Sed hæc ita, quando non potuit prorogari jurisdictio, tunc enim posse opponi exceptionem incompetentiæ etiam post sententiam, tradunt Georg. *de* Cabedo *P.* 1. *Decis.* 22. *n.* 9. quin imo post tres sententias conformes, Hipp. *de* Marsil. plures citans *Singul.* 10. Alias vero nisi præscriptio fori in principio opposita, judex non suus, ex consensu competens effectus *supra C.* 10. *N.* 7. *et* 8. Unde Vult. *ad L.* 5. *C. de iurisd.* pœnæ *d. L.* 5. litis, jacturæ scilicet constitutæ litigantibus apud alios judices, locum tantum esse in casibus, quibus prorogatio vetita, absurdeque eam a DD. generaliter accipi de vocante reum ad forum incompetens. Ast immo *d. n.* 5. generalis est, ut et *L.* 6. *C. Th. de iurisd.* ubi dicitur. *Omnes iacturam litis incurrunt qui non in proprio foro iurgaverint.* Et illi locum esse nolunt quando ad incompetentem vocatus ignorans coram eo litigavit, suum judicem errore putans: ubi jurisdictio prorogata non est etsi nec prorogari tamen vetita. Ita post Bartol. Bal. Castr. et DD. *in d. L.* 5. Trent. 2. *Pract. Resol. Tit. de Iudic. Resol.* 8. *n.* 5. ubi et alias exceptiones refert, quando illi pœnæ non locus, veluti si reus exceptione incompetentiæ objecta, et a judice rejecta, non appellavit, sed sententiæ acquievit: quo casu judicium nullum non est, sed acta valent, Decian. 4. *Tr. crim. C.* 34. *n.* 6. *et n.* 13. Locum autem pœnæ esse vult, si excepit, et judex se agnovit incompetentem. Juxta hoc reus pro condemnato habebitur, ex *d. L.* 5. quando coram vere suo judice conventus, ad alium tanquam ex privilegio falso revocavit. Sic enim malo, quam de legis *diffamari* remedio, a reo intentato accipere, ut Blater. *in Repet. L. diffamari C.* 4. *n.* 10. Quandoque tamen sententiam tantum hoc casu annullari, non vero acta ipsa, sed illa remitti ad judicium competens, maxime si ex annullatione actus, pars non prætendat interesse, monet Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 159. ac ceu optimam praxin, servarique dignam, cum ad lites citius finiendas faciat, notat Valasc. *Consult.* 65. *in fin.*

futurum, non solum ut judex parere non cogatur, sed etiam ut si obtemperans sponte susceperit cognitionem, et judicarit, sententia tamen nullius fit momenti, ut ne appellatione quidem fit opus. Et recte. Id enim futurum erat, *si ipsi qui delegaverunt, alienæ jurisdictionis judices resedissent*, ut loquitur cónstitutio, idest, si sedissent judices in ea caussa quæ esset aliena jurisdictionis, in qua proinde ipsi judicandi statuendive quid potestatem non haberent. *L. ult. D. de jurisdict.* Ratio autem vel potius natura non patitur, ut quam potestatem ipsi non habuerunt, eam judice dato in eum transferant. *L. nemo plus, D. de regul. jur. L.* 4. §. *ult. D. de offic. proc.* Excipiuntur in eadem lege *in extremo* judices a principe dati, de quibus lex simpliciter ita cavet, ut possint aliis caussas delegare judicandas, idque nullo personarum caussarumve habito tractatu.

III. Sed cur hi excepiuntur? An quia judex a principe datus potest judicem dare etiam in caussis sibi a principe non delegatis? Quod quidem prima fronte exceptio postulare videtur. Prius enim dixerant Imperatores, neminem judicem delegare posse in caussis ad jurisdictionem suam non pertinentibus. Subjicitur exceptio, at potest judex a principe datus id facere. Ergo hoc dicitúr posse eum delegare judicem etiam in iis caussis quæ ad jurisdictionem non pertinent. Quæ autem sunt hæ caussæ ad eam non pertinentes, nisi quæ ei a principe non sunt delegatæ? Idem suadere videntur illa verba, quibus volunt judices a se datos delegare posse caussas aliis judicandas sine ullo discrimine personarum caussarumve. Ergo et caussas tam sibi delegatas, quam non delegatas. Sed non ita aut exceptio ista, aut superiora verba accipienda sunt. Nam paulo ante dixi, nulla juris aut naturæ ratio patitur, ut judex quanvis a principe datus, de quibus caussis ipse cognoscere et judicare non potest, de his cognoscendi et judicandi transferat in alios potestatem. *d. L.* 4. §. *ultim. ff. de offic. proc. d. L. nemo plus, D. de regul. jur.* Atqui judex ipse de his solum cognoscere potest quæ ei a principe delegatæ sunt, non de aliis, nam in aliis judex datus non est. Jam cur placet judicem a principe datum posse delegare aliis caussas judicandas? Nempe quia datus est a principe. Ergo quatenus datus erit hactenus poterit delegare: quatenus datus non erit, eatenus delegandi jus non habebit: ne caussa beneficii cessante, locus sit beneficio, contra *L. in omnibus caussis id observatur, D. de regul. jur.* Sed et sententía constitutionis postulat, ut cum de judicibus a se delegatis loquantur Imperatores, caussas quoque intelligamus in quibus dati sunt non alias. Quomodo ergo ab ea definitione, quæ est de caussis ad jurisdictionem delegantis non pertinentibus, excipitur judex a principe datus, nisi hoc significatur judicem a principem datum delegare posse aliis hujusmodi caussas, idest, caussas ad jurisdictionem suam pertinentes? Et vero hoc significari omnino fatendum est. Sed non ideo sequitur delegare eam posse caussas ad cognitionem suam non pertinentes, et a principe sibi prius non delegatas. Et ita res habet. Quascunque caussas delegabit judex a principe datus, solas delegabit eas, quæ sibi delegatæ sunt; solas quæ ad cognitionem ejus pertinent. Sed cum delegabit has ipsas, semper verum erit eum delegare caussas ad jurisdictionem delegantis non pertinentes, quod definitio prior prohibebat: a qua idcirco merito hæc exceptio est. Ideo autem hic non delegat caussas ad jurisdictionem suam pertinentes judex a principe datus, quia habet quidem is jurisdictionem, ut habere eum in mandata jurisdictione diximus: sed [3] non habet suam, non propriam delegantis, sed alienam, nempe ejus qui mandavit, quam et vice ejus exercet; ut in omni mandata jurisdictioni accidit. *L.* 1. §. 1 *L.* 3. *D. de off. ejus.*

IV. Quod si caussa ad jurisdictionem ejus qui judicem dat, pertinebat, hic jam per se genus caussæ spectandum est. Sic enim de iis caussis de quibus agitur, jus constitutum habemus, ut quædam genere ipso et conditione sua potestatem dandi judicis non recipiant, quædam recipiant. Ac fuit olim in magistratibus et omnibus qui jurisdictionem haberent, liberior hæc potestas ante tempora Diocletiani et Maximiani. Ab his ea potestas coercita est, et conclusa intra certos terminos in *L. placet*, 2. *C. de pedan. judic.* Quæ cum constitutio jus de hac re contineat, nempe ex ejus legis sententia de hac ipsa potestate nobis cognoscendum est. Ejus autem legis summa distinctio et sententia hæc est.

V. Quædam sunt caussæ, in quibus præsides, quia ipsi non possent cognoscere, antea judices dabant: quædam, in quibus so-

3) Figura igitur orationis, quæ apparet exceptio, vere ex sententia nostri non erit. Aliter Fachinæ. 1. *Contr.* 47. quod nempe in delegato principis, non, uti in aliorum, inquirendum sit, an caussa sit alienæ jurisdictioni, eo quod princeps, quem in caussa sibi mandata repræsentat, in omnes jurisdictionem habeat.

lebant ex officio suo cognoscere. In priore genere concedit quidem lex judices dare, ut olim: sed hoc dissimiliter, quod olim præsides pro arbitrio judices dare poterant, quæcunque impedimenta seu publica seu privata avocarent. Nunc ita lex vult licere, si propter publicas occupationes, aut caussarum multitudinem non possint omnia hujusmodi nogotia cognoscere. In altero genere earum caussarum, in quibus præsides antea ex officio suo cognoscere solebant, omnem judicis dandi potestatem lex aufert, ut quanvis aut publicæ occupationes, aut multitudo caussarum obstent præsidibus, quominus de omnibus caussis cognoscere possint, non tamen possint in his dare judicem. Quid ergo? omittetur aliquarum caussarum cognitio, cum proponamus præsidem non posse cognoscere de omnibus? Minime. Sed res ita transigetur. Cum de omnibus cognoscendi facultas non erit, ut necesse sit, vel has, vel illas delegare; delegabit nimirum cæteras potius: has posteriores jurisdictioni suæ reservabit. *Quod*, inquit constitutio, *usque adeo in præsidum cognitione retinendum erit*, *ut eorum judicia non detenuta videantur*. Judicia, id est, judicandi labor et opera: ut sit sententia, non esse propositum hac constitutione Imperatoribus licentiam dandi judicis augere magistratibus: ideo placere de quibus caussis antea præsides ipsi ex officio cognoscebant, eas nunc sine exceptione in eorum cognitione retineri, in qua et prius fuerant, ita ut eorum judicia, id est, ut dixi, eorum judicandi labor atque opera, quæ olim erant, nulla in re a nobis hac costitutione intelligantur deminuta. Subjiciunt Imperatores in extremo: *dum tamen, et de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere*, *et de libertinitate præsides ipsi dijudicent*. Quo significant etiam de caussis status præsides ipsos judicare debere, non judices dare, quanvis prius potuerint de his cognoscere; potuerint, inquam, non [4] etiam ex officio cogerentur. Sic autem nascitur hæc exceptio ex præcedentibus, et cum his cohæret. Prius dixerant Imperatores eas caussas retinendas esse in cognitione præsidum, in quibus ipsi ex officio solebant cognoscere. Sed eas solum; nam in cæteris judices dari posse. Id ergo quod intelligebatur ex prioribus, sic accipi volunt, dummodo excipiatur caussa status, in qua quanvis præsides antea ex officio non cognoscerent, jubent tamen ipsos nunc judicare, non dare judices. Ita in summa duo sunt genera caussarum ex ea lege, in quibus absolute judicem dare non licet: illæ, in quibus jam olim præsides ex officio cognoscere solebant, et caussa status. In cæteris relicta potestas judices dandi; sed tamen et hæc ipsa temperata hac conditione, si modo occupationes publicæ aut multitudo caussarum impediant omnium cognitionem.

VI Sed cum pendeat hæc omnis potestas aut ejus præcisio ex superiorum generum distinctione, nihil agitur, nisi quid sibi illa velint, intelligamus; quod sane a paucis perceptum animadverto. Nam Accursio et Bartolo quidvis potius, quam istarum rerum explicationem concedas: qui in hunc locum aliena et peregrina omnia invexerunt. Res, ut puto, sic habet. Caussæ in quibus præsides

4) Sentit igitur noster, in caussis status judices dari olim potuisse. Quod etsi contra plerisque persuasum sit placet quoque Cujacio *ad L.* 127. *de V. S.* eas vocanti permistas, tertii generis, in quibus cognoscere vel judicem dare liberum, et Vacon. 7. *Declar.* 81. Idque pluribus astruit Ræv. 3. *Var.* 20. (1) quia exempla recuperatorii judicii de caussis liberalibus apud Plant. *Rudente* 5. *Sc.* 1. et Sueton. *in Vespas. C.* 3. (2) quia *in L.* 7. §. *ult. L.* 41. §. 1. *de lib. Cap. L.* 34. *de statu li.* generali nomine judex qui de libertate cognoscit, non speciali Prætor, Præses (3) quia aperte hic litigantes dicuntur ad judicem mitti, a prætore scilicet *L.* 8. §. 1. *L.* 9. *pr. de lib. Cap.* (4) quia imo præsidem ipsum cognoscere non potuisse dicitur *L.* 1. *C. ord. cog.* (verum hanc rationem non probo, quia judicium hic requiro. Sic enim accepta *d. L.* 1. aperte contraria esset *d. L.* 2. *C. de ped. jud.*) (5) per *L. pen. C. ubi Ca. stat.* ubi iidem auctores, qui sunt *d. L.* 2. a se hoc statutum esse. Antea igitur per judices datos disceptari solitæ. Ad *L.* 32. §. 7. *de rec. arb.* quæ maxime obstat resp. Ræv. *maiores judices* non notari prætores vel præsides, sed majores dici judices datos seu pedaneos, pro argumento subjecto, majores nempe arbitris compromissariis. Ut sensus sit: Quia caussa libertatis major, quam ut ei necessitati subjici debeat, ut sive æquum, sive iniquum arbitrium sit, parere necessum esset, ut in arbitriis ex compromisso sit *L.* 76. *pro Soc.* ideo etc. Ad *L.* 1. *C. de Ord. cognit.* Resp. ideo ibi præsidem cognoscere, quod major quæstio de crimine, minorem caussam status (quia tempore *d. L.* editæ liberales caussæ, ait, majores non habitæ) ad se trahit *L.* 54. *de judic.* Ideoque quia duo judicia ibi concurrebant, jure magistratus præses de crimine cognoscit, extra ordinem vero de libertate. Propter caussæ enim conjuctionem, qui de majore cognoscit, etsi de minore alias judicare vix soleret, de ea etiam disceptat, ut plurib. idem Ræv. 2. *de præiud.* 7. primi igitur Diocletianus et Maximianus cognitionem de hisce caussis præsidibus injunxerunt *d. L.* 2. *C. de ped. jud. d. L.* 5. *C. ubi ca. sta.* Postea a Constantino, idem in urbe Prætori impositum *L.* 1. *C. de off. præt.* ubi notanda verba, *facientibus nobis*, quæ prius aliud obtinuisse vincunt. Hæc Rævardos, cui accedo. Nam nec aliud per *d. L.* 2. *C. de ped.* verba *dum tamen* etc. statui potest. Perquam enim inepte alias quod prius in universum definitum, in una specie singulari repeteretur, figura cum primis orationis, quæ exceptionem arguit. Diss. Hotom. 6. *Obs.* 6. Forner. 2. *Select.* 25. Govean 1. *Var. Lect.* 33. Joach. Steph. 1. *de Iurisdict.* 5. *n.* 18. Vult. *ad L.* 1. *C. Ubi ca. sta. n.* 8. *et seqq.* quia, ait, *n.* 14. non jure magistratus et proprio hæc cognitio habebatur, sed quia nominatim concessa (verum hoc ab ipso adducta non probant) ideoque nec prorogari posse, statuit idem *ad L.* 2. *C. d. t. n.* 5. Arguit idem ut et Fornerius ex illo Cic. 3. *Verrina De jure libertatis et civitatis populus Romanus suum putat esse judicium.* Sed Cicero loquitur de suppliciis, quæ civi Romano irrogari nefas, quod id esset contra libertatem et dignitatem tanti populi, ut agnoscit Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 18. etsi ipse quoque dissentiat. Qui et ad *d. vers. non tamen etc.* resp. ideo eum subjungi, quia non cognoverint de his caussis antea præsides ex officio suo, sed solebant, ait, et cogebantur ex officio proconsulari, vel prætorio, si cum eo in provincias missi. Ideoque *in d. vers.* non restringi sententiam priorum, sed augeri. Sensus hic: Non tantum eas caussas disceptant, quas et antea ex officio suo cogebantur, sed etiam caussam status, de qua antea non ex officio suo, sed jure proconsulari prætoriove, postea ex suo, id est præsidiali cognoscunt. In qua expositione, ceu nova, sibi placet Gentilis, sed quid ea sibi velit, percipere non datur. Quid enim hoc est. Non ex officio suo, sed jure prætorio? Quasi vero non tanta imo non major fuerit potestas præsidis in provinciam missi a principe, quam prætoris in urbe *L.* 10. *et* 2. *seqq. de off. pres.*

des antea judices dabant, commodissime dicentur esse omnes præter eas, in quibus solebant ex officio cognoscere. Nam cum in constitutione duo hæc genera opponantur, necesse est posteriore detracto solum eas in quibus præsides judices dabant, relinqui. Itaque qui posterius genus noverit, utrumque noverit. De quo dicam, si prius exposuero id, quod adjicitur in priore. Sic enim illic nominatur eæ caussæ, in quibus præsides antea judices dabant, ut adjiciatur ideo dedisse, *quod ipsi non possent cognoscere.* An videntur hæc cohærere? Nam qui ipsi non potuerunt cognoscere, id est, esse judices, quomodo in his caussis judices dare potuerunt? Bene Accursius hæc verba, *non possent cognoscere*, sic accepit, non possent propter facti impedimentum. Et [5] ita est. Ambigua enim hæc verba sunt, quæ pariter et ad jus et ad factum possunt referri. Ad jus, ut sit sententia, in quibus non possent jure præsides cognoscere. Ad factum, ut significetur non potuisse eos cognoscere, non jure impeditos, sed facto, puta absentia, valetudine, aut occupationibus. Prius accipi non potest. Essent enim absurdissima sententia, præsides qui ipsi cognoscere, id est, judices esse jure non poterant, judices nihilominus dare potuisse, ac pro ea potestate dedisse. Sed et in extremo constitutionis aperte dicitur præsides in caussa status etiam antea potuisse judicare. Relinquitur igitur alterum, ut scilicet constitutio sic accipiatur, præsides ideo dedisse judices in certo genere caussarum, quod ipsi cognoscere non possent justis occupationibus, aut alio quovis avocamento impediti.

VII. Venio jam ad alterum caussarum genus, ex cujus cognitione dixi utriusque cognitionem pendere. Eæ sunt caussæ, in quibus constitutio ait solitos præsides ex officio suo cognoscere. Id sic accipere oportet, in quibus præsides ita cognoscebant, ut id ex officio et ratione muneris facere cogerentur. Quænam ergo hæ caussæ? Et mihi earum videntur duo genera fuisse. Unum caussarum criminalium, in quibus de crimine ita agitur, quo animadvertatur in facinorosum. Alterum earum, quæ in usu juris dicuntur veteribus esse notionis et cognitionis prætoriæ.

VIII. In criminalibus caussis olim præsides, reliquosque magistratus cognoscere ipsos et judicare ex officio solitos constat: non solum ut mandare in eo genere jurisdictionem suam non possent, de quo certæ sunt sententiæ veterum: *L.* 1. *D. de offic. ejus. L. solent*, *D. de offic. proc. L. nemo potest*, *D. de reg. jur.* sed etiam ut nec judicem [6] dare possent. Sic enim scriptum est in *L.* 1. *C. de offic. proc.* legatos proconsulum sic posse criminales caussas audire, ut si videatur sententia in reos ferenda, non ipsi judicent; sed reos transmittant ad proconsules, qui reos videlicet aut condemnent aut absolvant. Et ne forte qui existiment ideo legatos de caussa criminali judices esse non posse, quia mandata generaliter jurisdictione potestas de hoc genere cognoscendi non contineatur; diserte traditum est in *d. L. solent*, *de offic. proc.* nec extraordinario et speciali mandato amplius proconsulem in his caussis tribuere posse legato, quam cognitionem, et eam quidem hactenus, ut legatus custodias apud se auditas ad proconsulem remittat, quo aut innocentem ipse sententia sua liberet, aut convictum condemnet.

IX. Esse autem quasdam caussas, qua dicantur notionis, aut cognitionis, prætoriæ, etiam hoc constat. *L.* 3. §. 1. *D. de lib. exhib. L.* 1. §. 1. *D. de rei vind.* In his vero et prætores ac præsides ex officio cogno-

5) Diss. relati *C. præced. N.* 1. cumprimis Scip. Gentil. 2. *de Iurisdict.* 21. quia hoc modo, arguit hic, Imperatores nihil novi sanxissent. Quid enim hoc esset. De quibus antea propter occupationes non cognoscebant, de iis nunc cognoscant, nisi occupationes impediant, quo nihil ineptius. Quæ tamen contra nostrum non omnino urgent. Neque enim inepte dicetur. De quibus ne cognosceret olim magistratus etiam *privatæ* caussæ et avocamenta efficiebant, de illis in posterum sit cognoscendi necessitas, nisi *publica* impedimenta obsistant. Alia tamen etiam ratione reprobat Goth. Ant. *Disp. Antivult.* 3. *Th.* 19. *et seq.* (1) ex natura oppositionis. Quia enim posterior pars oppositionis jus novum continens ad jus refertur, idcirco et prior, quæ de jure veteri. (2) quia hæc verba *quod non possent cognoscere*, in quibus ratio decisionis æque late patere necesse est, atque illa *pedaneos iudices dabant.* Atqui certum est, datos fuisse judices, etiamsi nullum facti impedimentum subesset. Ergo. Puto et ego verba *cum possent* etc. omnino ad jus referenda esse. Inde tamen non infero, Prætorem antea jam constitutionem, de nullis caussis vel consuevisse vel potuisse judicare. Quin imo ubi de jure controverso questio, ad pedaneum iri non poterat, ut notavi *C. præced. N.* 5. ac sane cum Centumviris prætorem cognovisse fatendum est. Quibus judiciis præsidebat unquam caput adsignatus. Joach. Steph. 3. *de Iurisd.* 5. *n.* 1. Hoc enim tantum cavetur quod de quibus olim poterant cognoscere, hodie possint. Quæ vero ille fuerint caussæ *in d. L.* 2. non definitur. Fuisse autem dicendum est ex iis quæ *d. N.* 5. quibus de facto maxime contendebatur. Nam cum facti quæstiones Jurisconsulti quoque ad officium suum, saltem primario, spectare non putaverint, vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 12. *N.* 2. utique et prætoria cognitione minores levioresque habitas fuisse, congruum est.

6) Cujac. *ad L.* 127. *de V. S.* Fatetur Scip. Gentil. 2. *de Iurisd.* 27. *et Lib.* 3. *Cap.* 30. de caussis meri imperii judices dari non licuisse. Ast idem *d. Lib.* 3. *Cap.* 22. segregandas tamen has caussas statuit. Quod cum speciali concessione habeantur, ut *supra C.* 8. *N.* 36. officium jus dicentis ad eas non pertineat, aut saltem magistratus de iis non ex officio cognoscat. Differre enim putat hæc: Pertinere ad officium, ubi significatur universa potestas, et ex officio fieri, ubi significatur cognitio præsidalis. Diss. Vaud. 1. *Q.* 10. *n.* 26. Joach. Steph. 2. *de Iurisd.* 5. *n.* 19. *et n.* 25. scribens prætorem etiam, cujus jurisdictio nulla in criminalibus; Quæsitores, qui de criminibus quærerent et cognoscerent, constituisse. Quæ quam consentanea sint non video. Confer Pollet. 3. *Hist. fori* 7. Siccama *Lib.* 1. *de Centumv. Iudic. Cap.* 5.

gnoscere solitos, ipsum nomen inde natum satis indicat. Dicuntur enim notionis prætoriæ per excellentiam, quia in his solius prætoris esset cognoscere, non etiam judicis privati quem ille dedisset. Ejusque rei non dubium argumentum est, quod hoc verbo a cæteris caussis ita distinguuntur, ut declaretur cæteras notiones hujusmodi non esse. Nam et de cæteris caussis cognoscere prætor potuit, si vellet. Necesse est igitur caussas notionis a reliquis distinctas eas intelligi, in quibus ita prætor cognoscere poterat, ut etiam ex officio deberet; hoc enim posterius solum reliquum est, quod non fuit in cæteris, et quo solo cæteræ ab his recte distinguantur. Unde etiam factum est, ut ejus quoque generis cognitiones [7] extraordinariæ sint appellatæ, ut recte docuit Duarenus ad *L. jurisgentium*, interpretans illa verba, *actionem a prætore dandam, D. de pact.* Nam cum ordine et jure in jurisdictione recepto liceret prætori ut pro jurisdictione judicem dare (est enim jurisdictionis dare judicem. *L.* 3. *D. de jurisdict.*) ac dare etiam pro potestate solitus esset: opportuit eam cognitionem esse extraordinariam, quam ipse cogente officio susciperet, alii autem judici non posset committere.

X. Hujus generis quatuor species esse animadverto. Prima est earum cognitionum [8] quæ sunt de honorariis sine alia conventione certis personis præstandis, ut professoribus liberalium artium, ludimagistris, medicis, obstetricibus, nutricibus, advocatis: de quibus agitur in *L.* 1. *D. de extr. cogn.* In his præsidis prætorisque cognitionem ex officio fuisse, cum alia fere omnia *d. L.* 1. tum maxime ea verba declarant, quæ sunt in §. *penul.* ubi ita Ulpianus scribit, *ad nutricia quoque officium præsidis vel prætoris devenit.* Secunda species est [9] in integrum restitutio minorum, quæ dicitur nullam propriam actionem aut cautionem habere, sed tota pendere ex cognitione prætoris, in *L. quod si nolit*, §. *ult. D. de minor.* Tertia species est ea, in qua de potestate patris agitur adversus filium, cum pater filium aliquem suum in potestate sua esse dicit, qui sibi eum docere liceat jure potestatis, filius autem negat se esse in patris potestate, ne ab eo ducatur. In hac caussa hic habitus est jam olim patri honos, ut lis transigeretur non alio cognitore et judice, quam prætore. Unde dicitur hic cessare vindicationem et interdictum, et locum esse notioni prætoris, ut apud eum disceptetur, utrum quis in potestate sit, an non sit. *d. L.* 3. §. 1. *D. de lib. exhib. d. L.* 1. §. 1. *D. de rei vindic.* Quartam speciem licet adjicere fideicommissi [10] persecutionem. Hæc enim dicitur extraordinaria esse persecutio, et ejusmodi quæ non habeat juris ordinarii exsecutionem, in *L. pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de verbor. signific.* Quod non alio sensu dictum accipere possumus, quam quo dicuntur in hoc genere extraordinariæ illæ cognitiones, quam ante commemoravimus. Quæ si ita sunt, et jam omnia genera in unum locum conducere volumus, in quibus dicimus judicem dari non posse, reperitur hæc esse summa, ut judex sine exceptione dari non possit in his generibus; in caussis criminalibus; in civilibus, quæ dicuntur notionis, quarum quatuor illas species superiores esse diximus; tum caussas status, idest, eas, in quibus de libertate aut ingenuitate agitur.

XI. Quidam dum paulo acutiores quam Accursius et similes ex veteribus videri volunt, caussas, in quibus præsides ex officio cognoscere solebant, interpretati sunt caussas misti imperii, dum hoc sentiunt quasdam caussas esse imperii misti, atque eas esse, in quibus nec dari olim judex solitus sit, nec nunc possit dari: alias, quæ non sint hujus imperii, eas autem esse, in quibus olim præsides judices dabant, et nunc dare possunt ex hac constitutione. Quæ omnis distinctio ex ignoratione jurisdictionis et imperii illis nata est. Non enim intellexerunt id quod supra suo loco docuimus, nullum esse imperium mistum sine jurisdictione; quod ita dictum est, quia sit admistum jurisdictioni: nec ullam esse jurisdictionem sine hoc imperio

7) Hotom. 7. *Obs.* 4. Siccama *Lib.* 1. *de Centumvir. judic. C.* 2. Sic enim Sueton. *in Claudio Cap.* 15. cognitionem ordinario jure opponit. Quam et a jurisdictione discernit idem in *Nerone C.* 15. Et *in L.* 15. *de minor.* aperte dato judicio opponitur. Sic Ulp. *Tit.* 25. §. 12. Fideicommissa non per formulam petuntur, sed cognitio est, etc.

8) Quæ strictiori significatu extraordinariæ dicuntur, quas ab aliis caussis cognitionis prætoriæ, quæ jus certum et constitutum habent, discernendas esse, monet. Scip. Gent. 2. *de Jurisd.* 22. Et ut aliis forte convenit notatio Duareni, ita hæ verius sic dici videntur, quia non ordinaria aliqua actio de iis prodita, nec certo jure nituntur. Et hic extra ordinem subvenit prætor, jure quodam imperii ex æquitate, contra jus strictum, sine solemnibus et strepitu judicii, sine formula, ut Scip. Gent. *d. Lib.* 2. *Cap.* 20. *p.*271. et A Guib. *QQ. jur. Cap.* 10. *n.* 5. *et seqq.* Paulo aliter et fuse Vult. *in pr. I. de act. n.* 37 *et* 2. *seqq.*

9) Quod de omni accipit Hotom. 7. *Obs.* 4. de sola minorum, Scip. Gent. 1. *de Jurisd.* 32. *et Lib.* 2. *Cap.* 22. de quo forte *infra Lib.* 21.

10) Quæ consulum aut Prætoris fideicommissarii Ulp. *Tit.* 25. §. 12. Nempe hujus de summis mediocribus, illorum de majoribus Quintilian. *Lib.* 2. *Cap.* 8. Non debes apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud consulem. Major enim prætoria cognitione summa est, Ræv. *ad Lib.* 33. *de R. I.* His addit A. Guib. *QQ. Jur.* 9. *n.* 8. cognitiones de appellationibus per *L.* 1. *quis a quo appell.* item de quæstionibus in exsecutione sententiæ emergentibus *L.* 15. §. 4. *de re jud.* denique quoties quæstio juris controversi incidebat, vid. *Cap. præced. N.* 5.

rio sibi admisto. Ut proinde si quæ sunt caussæ misti imperii, sint eædem et jurisdictionis, et contra: unde et hoc evenire necesse sit ut si caussæ misti imperii delegari judicandæ non possunt, nullæ omnino possint; id quod neque illi sentiunt, et est contra manifestam sententiam constitutionis.

XII. Cognita legis sententia, haud abs re est quam ea constitutio, et distinctio superior rationem habeat, cognoscere. Nam alioqui ita est constitutio, ut videatur pugnare cum jurisdictione magistratus propria, et secum ipsa. Ac primum cum magistratus olim judices dare potuerint, idque ordine et more judiciorum recepto; cum prætèrea constet jurisdictionis esse judicis dandi licentiam: *L.* 3. *D. de jurisd.* quid caussæ est, quæ suaserit non solum recedere a recepto jure, sed etiam partem jurisdictionis propriam magistratibus adimere? neque enim facile quidquam mutandum est ex solemnibus. *L. penul.* in pr. *D. de in integ. rest.* Et optimam hujus cognitionis magistratibus impositæ rationem reddidit Justinianus *Novel. ut defun. vel fun. cor.* 60. §. *illud*, quæ ratio etsi occasione aliunde nata inducitur, plane tamen huc pertinet. Multo namque, inquit, melius et perfectius agitari caussæ possunt coram ipsis magistratibus, dum illi præsentes sunt, ubi et metus ministris immineat, ac productis testibus, et caussa omnimodo suam obtineat dignitatem, quam si pedanei judices eadem disceptent et judicent. Et hoc est, ut magistratus ipsi cognoscant, valet ad integritatem judicii, tum ad judicati dignitatem et fidem. Ad integritatem; quia litigatores multa tergiversari, et comminisci malitiose possunt, ministri corrupti molestiam exhibere litigatoribus; testes multa fingere, et licentiose mentiri, nisi metu cohibeantur. Horum vero ne quid accidat, potest istos præsentia magistratus in officio retinere, metu injecto et terrore potestatis. Ad dignitatem et fidem judicati; quia plus dignitatis est fidei in cognitione ac sententia magistratus, qui personam sustinet civitatis, quam in cognitione judicis dati, qui tantum privatus est. Sed si hoc ita est, cur non valent hæ rationes, ut jubeantur magistratus cognoscere in caussis omnibus potestate judicis dandi illis adempta? Quia recte jubentur cognoscere, si modo possint: si non possunt, necessitas eo rem deducit, ut aut necesse sit eos cognitionem omittere, aut cogantur judicem dare. Nunc autem superiore constitutione conceditur solum magistratibus tum judices dare, cum urget hæc necessitas; dum ita conceditur, si occupationes publicæ, aut caussarum multitudo avocent. Itaque his casibus fieri magistratibus potestatem judicis dandi non tam magistratuum, quam ipsorum litigatorum interest. Sic enim citius lites dirimentur, et litigatores ad jus suum pervenient. Sed rursum quæro: si æquum est ex necessariis his caussis judicem dare licere, cur iisdem caussis ingruentibus non licet dare in caussis omnibus, contra quam hac constitutione concedi videmus? Quia nulla necessitas istorum impedimentorum incidere potest tanta, quin magistratus quibusdam caussis delegatis de aliis sibi servatis possit cognoscere. Quod si hic delectus habendus fuit, quæ caussæ servarentur potissimum magistratus cognitioni, reperietur has esse maxime, quas in hac cognitione retentas esse diximus: sive quod in his res major versaretur, quo etiam majore cautione et potestate esset opus: sive quod essent ejusmodi, quam magis penderent ex auctoritate judicantis, quam ex jure certo: ut proinde ad eos in quibus non esset ea auctoritas, non essent transferendæ. Prior generis sunt caussæ criminales, in quibus de vita, de salute, de existimatione agitur: caussæ status, in quibus agitur de libertate aut ingenuitate, rebus omnium prætiosissimis: controversia de patria potestate, quam patri integram non manere gravissimum est. Posterioris in integrum restitutiones, cognitiones extraordinariæ de salariis, de fideicommissis. Constat igitur, constitutioni et distinctioni superiori sua ratio per omnia.

XIII. Hactenus constitutionis sententia et ratio. Nunc quid ei detractum sit aliis constitutionibus, et numquid detractum sit paucis indicabo. Et, ut intellectum est, continet ea constitutio duas partes. Una est, in qua denegatur in totum judicis dandi potestas: altera, in qua hæc potestas quibusdam in caussis ad aliquem modum relinquitur. Prior non est perpetua: posterior an etiam nunc maneat, dubitatur, quæ deinceps breviter exsequar. Illa ergo, in qua superior potestas adimitur, non est perpetua. Non enim pertinet ad omnes judices, neque ad omnes caussas. Non pertinet [11] ad judices a principe datos. De his ita constitutum est in *L. unic.* in

11) Consentit Scip. Gentil. 2. *de Jurisdict.* 27. et *Lib.* 3. *Cap.* 28. ubi, tamen male, omnino etiam mandare eum posse merum imperium, vid. *supra C. N.* 56. Diss. haud scio an non rectius Obrech. *de Jurisdict. Cap.* 5. *n.* 26. et Menoch. 1. *Arb. A.* 34. qui ut *supra*

in fin. *C. qui pro sua juris.* licere his caussas sibi a principe delegatas delegare aliis judicandas sine ullo discrimine personarum inter quas judices dati sunt, aut caussarum cognitioni suæ commissarum. Ergo etsi quis in caussa criminali judex a principe datus sit, nihilominus in ea caussa recte alium judicem dabit: multoque magis in cæteris caussis inferioribus idem probandum est. Sed nec ulla hic conditio addita est in constitutione quæ res declarat judici a principe dato licere caussam alii delegare, etsi multæ occupationes aut aliarum caussarum multitudo ejus cognitionem impediant. Datum hoc dignitati et amplitudini ejus judicis, quem princeps dignum habuit, qui vice ejus in caussa fungeretur.

XIV. Sed nec pertinet pars superior ad omnes caussas. Excepta sunt negotia humiliora, in quibus potestas sit præsidibus judices pedaneos dandi in *L. ult. C. de pedan. jud.* et hoc sine ulla conditione: ait enim constitutio; superfluum esse in his moderatorem exspectare provinciæ. Negotia humiliora quæ hic accipere debeamus, quæritur. Vulgo interpretantur ea, in quibus [12] intra trecentos aureos agitur: utunturque argumento *Nov. de judici.* 82. §. *audient*, ubi Justinianus judicibus pedaneis a se eadem illa lege prius constitutis et nominatim designatis potestatem facit ad eam summam cognoscendi. Quod quidem nullum argumentum est. Agitur enim illic de judicibus ab ipso Imperatore constitutis: agitur de certa summa, non cujus cognitio ex interpretatione ad eos pertinere dicitur, quasi in hac humile negotium versetur: sed quæ nominatim ipsis attribuitur a principe quia illi ita visum est. Nos loquimur de judicibus a magistratu datis, et his de quibus nihil unquam princeps decrevit: quærimusque in his non de certa summa usquam illis attributa, sed de verbi significatione, que sint hæc videlicet humilia negotia. Itaque et in personis, et in se de qua agitur multum inter ista interest, nec quod de una specie dicitur, potest ullo modo ad alterum transferri. Detulit Justinianus superioribus judicibus cognitionem ad trecentos aureos: nempe quia potuit tantum his tribuere: fuit enim princeps. Non idem magistratui licuit. Detulit, quia visum est istis tantum deferre; quod cum certis istis tantum detulerit nominatim hac ratione addita, quod diceret sibi eorum perspectam esse in administranda Republica et scientiam et fidem, et detulerit in certa urbe Constantinopoli: palam est personalem et certi loci constitutionem esse, quæ ad alios judices pedaneos non pertineat: immo vero quæ alios judices pedaneos si qui dentur ex superiorum numero eximat. Alioqui nihil negotii erat de omnibus judicibus pedaneis generaliter constituere. Sed et ex summa facile est intelligere eam constitutionem non pertinere ad hunc locum. Quid enim minus verum est quam trecentos aureos, de quibus est in constitutione Justiniani, esse summam humilioris negotii, de quo nunc quærimus? Hæc enim summa magna est, et homini etiam mediocri grandis. Si quid probabile hic quærimus (nihil enim hic aliud nunc habeo) hoc probabiliter dici posse videtur, humiliorem caussam et humilius negotium accipi debere caussam, in qua de pecunia tantum, et ea modica summa agatur. Eam autem summam Paulus ad duos aureos interpretatur in edicto de dolo, cum in modica summa placeret actioni de dolo locum non esse. *L. si quis affirmavit*, §. *ult. et L. idest*, seq. *D. de dol.* Sint igitur humiliora et contemptiora negotia usque ad duos aureos, ut in his citra exceptionem judices pedaneos constituere liceat.

XV. Hæc de ea parte constitutionis, qua potestas dandi judicis adimitur. Altera pars, qua hæc ipsa potestas relinquitur, incidit in difficultatem propter nonnullas Novellas Justiniani, quæ omnem eam potestatem aut in totum tollere videntur, aut ex parte. Primum in totum videtur substulisse. *Novel.* 60. *ut defuncti*, *seu fun. eo.* §. *illud*, *unde authen. ad hæc*, *C. de jud.* Illic enim cavet Justinianus, ut magistratus, dum licet, caussas per se audiant, non autem committant assessoribus suis. Quod si occupationibus publicis impediantur, si quidem agatur caussa appellationis, et hanc magistratibus ipsis omnibus modis audiri et ad extremum dirimi jubet. Sin judicium nunc primum instituetur, hic demum facit potestatem magistratibus cognitionem assessoribus suis mandandi, sed

d. loc. citat. meri imperii caussas a delegato principis, subdelegari posse, negat. Neque enim inter mandatum jurisdictionis, et dationem judicis, discrimen attendit. Qui et *ad d. L. un.* resp. n. 16. *et seqq.* Sane exceptionem subdit Gentil. *d. C.* 27. nisi constet principem voluisse ipsum cognoscere, si specialiter ejus fidem et industriam spectaverit *Cap. ult. de off. deleg.* Aliudque tradit in reservatis summo principi, ut tabellionum creatione, legitimatione spuriorum, quæ ab ipso cui delegata expediri debent.

12) Et Cujac. *in d. Nov.* 82. unde parvam jurisdictionem vocant. DD. quæ infra 300. aureos. Joach. Steph. *Lib.* 1. *de Jurisdict. Cap.* 5. *n.* 18. Etsi Bald. *in Repet. L.* 3. *de Jurisdict. n.* 2. caussas minimas vocet quæ infra 100. aureos.

sed et hoc ea lege, dum prius lis contestetur apud magistratus, iidem rebus probatis et judicio instructo cognoscant ea quæ probata sunt, sic deinde ipsi sententiam ferant. Quod plane nihil aliud est, quam concedere solum magistratibus, ut dent cognitorem, idest eum, qui testes audiat, et omnia quæ pertinet ad fidem rei controversæ cognoscat, ac caussam instruat rebus necessariis: minime autem ut dent judicem; de quo nunc agitur. Et de ea constitutione consentiens omnium interpretum sententia est, ea non tolli jus vetus de potestate dandorum judicum constitutum. Sed quomodo ex verbis id recte defendatur [13] variant.

XVI. De quo duæ sunt receptæ sententiæ utraque probabilis; sed posterior magis. Prior est, quam Accursius ad *auth. ad hæc*, sequitur, et quam communi consuetudine observari scribit: Novellam loqui de magistratibus, qui judicem dent reservata sibi sententia. Hoc qui faciant, necesse habere curare prius, ut lis apud se contestetur, post deinde probata cognoscere, ad extremum ut sententiam sibi reservarant, ita et eam ferre. Proinde si magistratus det judicem in totam caussam nulla parte litis judicio suo servata, vel ut simplicius dicatur et commodius, si quidem dent judicem (de quo nunc agitur) non obstare constitutionem: quominus recte datus sit, quoad ejus per leges veteres facere licuit. Defenditur hæc sententia verbis *auth. ad hæc*, quæ diserte loquitur de lite apud magistratum agitanda. Nec quisquam putet id non recte e Græco expressum. Nam et ea constitutio loquitur de caussis, ἀὶ παρὰ τοῖς ἄρχουσι κινοῖντο, idest, quæ apud magistratos non *agitantur*, ut vertit vulgaris interpres, sed *agitentur* potentiali modo, idest, ut bene vertit Haloander, agitari debent. Sed etsi utroque in loco eadem hæc verba sunt; tamen non recte ex his superiorem sententiam colligi dixeris. Caussa enim apud magistratum agitanda, seu quæ apud magistratum agitari debet, multo rectius ea dici potest, quæ ad magistratum defertur, et quæ ei cognoscenda injungitur, quam ea, quam alii commisit cognoscendam, ipse sententiam sibi reservavit. Sic enim fecit potius magistratus, ne caussa apud eum agitari deberet.

XVII. Fuit ergo altera sententia, et ea verior, quam et Bartolus talem esse agnoscit in *d. authent. ad hæc*, quam fuisse dicit Ultramontanorum: sic enim vocat eos qui in Gallia jus docuerant, qui Italis ideo dicuntur Ultramontani, quia sunt illis ultra alpes. Ea sententia est, loqui Novellam non de quibuslibet judicibus datis, sed de assessoribus magistratus: vetare constitutionem his caussam delegari. Quod si alii judices dentur, quominus id fiat, constitutionem non prohibere. Et de assessoribus loqui Justinianum, verba constitutionis in *d.* §. *illud*, tam in principio, quam in fine declarant. Quod autem de assessoribus dicitur, id ad judices alios non pertinere recte dicitur. Alia enim caussa est assessorum, alia eorum qui assessores non sunt. Assessores namque non dantur magistratibus ut judicent, sed ut magistratui judicandi adsint, et consilium suggerant, unde et assessores dicti sunt consiliarii. *L.* 1. *L. penult. L. ult. D. de jurisdict.* Videamus etiam, numquid saltem de superiore potestate derogarit *Novel. de judicibus*, 82. §. *judices*, ubi Justinianus certis judicibus a se constitutis, vult illis solum caussas delegari posse. *Si quis*, inquit *etiam nostrorum judicum*, (suos appellat magistratus et judices specialiter a se datos) *caussas delegare voluerit, hisce a nobis definitis pedaneis committet, et præterea nemini omnino*: nisi certam caussæ partem committat suis assessoribus, ipse de toto negotio sententiam prolaturus. Postquam alios judices dari vetat constitutio, nonne si alicubi nulli tales judices constituti sint, superioribus verbis efficitur nulla in caussa judicem dari posse? Sane efficitur in ea urbe in qua ii judices constituti erant: alibi nequaquam. Certi enim loci constitutio est, extra quem nullis definitis judicibus pedaneis ut constitutioni locus non est; ita jus antiquum relinquitur. *L. præcipimus*, in fin. *C. de appellat.*

XVIII. Quæ cum ita sint, manet et post Novellas Justiniani vetus dandorum judicum potestas, de qua diximus. Cujus summam si quærimus, licet jam omnem breviter complecti hoc modo. Potestas dandi judicis in iis caussis de quibus agitur, hæc etiamnum reliqua est post constitutionem superiorem Diocletiani et Maximiani in *L.* 2. *C. de pedan. judic.* Tributa est judicibus a principe da-

13) Bod. 3. *de Rep.* 2. *n.* 265. *et seqq.* accipit *d. Auth. adhæc*, de judicibus a principe lectis extra ordinem; qui litis instructionem, non judicationem aliis committere possint. Male. Major enim horum judicum, in dando alio judice, quam ipsorum magistratuum potestas *d. c. n.* 13. Et *d. Nov.* 60. *C.* 2. §. 1. diserte vocat magistratus, παρ' αὐτοῖς γινεσθαι τοῖς ἄρχουσιν

datis, idque in caussis omnibus, quæ illis a principe delegatæ sunt. Tributa et magistratibus in humilioribus negotiis sine exceptione. Tributa his ipsis et in majoribus caussis hac conditione, si modo occupationes publicæ, aut caussarum multitudo impediat, quominus de omnibus possint cognoscere. Hic exceptæ certæ caussæ, in quibus nec si ullæ occupationes avocent, liceat judicem dare: caussæ criminales, caussæ civiles, quæ eædem dicuntur cognitionis, et caussa status. Hac potestate judicis dandi constituta, jam tuto progrediemur ad personas dantis et dati judicis, quæremusque in iis caussis, in quibus potestas dandi judicis adhuc reliqua est, qui judices dare possint, qui dari.

CAP. XXIII.

Qui judices dare possint.

Tractationis orsus, atque ejus expediendæ ratio. I.
Judicem dare potest quicumque jurisdictionem habet sive propriam sive delegatam. II.
Contrariis occurritur. III. IV.
Qui jurisdictionem non habet, nec judicem dare posse. V.
Ideoque nec privatos, nec datos judices. VI.
Exceptio. VII.

I. DE iis qui judices dare possunt, extat definitio Pauli in *L. cum prætor*, §. 1. *D. de judic.* sed incertior et quæ ut maxime certa sit, minime tamen omnia quæ ad hanc quæstionem pertinent, complectatur. Ille enim definit eos dare posse judicem, quibus id lege, constitutione, senatusconsulto, more permittitur. At hoc æque incertum. Quæritur enim, qui sint illi, et quæ illæ leges, quæ constitutiones, senatusconsulta. Subjicit quidem Paulus certos quosdam, quibus id permissum dicit. Sed an hi soli dare possunt? Quod ipse adeo non explicat, ut potius quibusdam sigillatim enumeratis, quibus id daret, reliquis idem adimere videatur. Ex quo eadem quæstio hic relinquitur, qui in universum judicem dare possint, et qui non possint. Dicendum est igitur planius, quod omnes istos contineat. Et conditionem præceptionis si in hac re quærimus, recte sumetur nobis ex ea definitione, quæ de potestate dandi judicis extat in *L.* 3. *D. de jurisdict.* Sic Ulpianus definit: *Jurisdictio est etiam dandi judicis licentia*: quod sic accipiendum est, judicis dandi licentiam esse jurisdictionem, seu jurisdictionis. Hæc definitio valet in utramque partem, sive quæritur, qui judicem dare possint, sive quæritur, qui non possint. Nam si hæc potestas jurisdictionis est; conficitur ubi jurisdictio est, ibi et potestatem judicis dandi inesse, et contra detracta alicubi jurisdictione, ibi nec potestatem dandi judicis relinqui: proinde qui jurisdictionem habeat, eum etiam jus dandi judicis habere: contraque ei qui jurisdictionem non habeat, judicem dare non licere; quorum utrumque et ipsum per se verissimum est.

II. Sic igitur principio statuamus, eum qui jurisdictionem habet, si nihil aliud impediat, quam persona dantis, judicem [1] dare posse, et omnem posse, qui jurisdictionem habeat. Id

1) Diss. Govean. *ad L.* 1. *de jurisdict. n.* 12. qui supra jurisdictionem hoc esse scribit et specialiter tribui vult, et ad adventitiam jus dicentis potestatem refert, *ibid. n.* 21. *et seqq.* prætoriæ quidem jurisdictionis hoc proprium agnoscit, et mandata ab eo jurisdictione transire jus dandi judicis, nec ad id legis beneficio opus esse, per *d. L.* 12. §. 1. *ibi more majorum*, Provincialibus hanc potestatem propriam non esse nec transire in legatum, sed hoc ei lege nominatim dari. Idem *Lib.* 2 *de Jurisdict. n.* 19. judicis donationem esse jurisdictionem, quatenus significat munus jus dicentis, non autem veræ et propriæ. Et lege tribui, non jure magistratus, Baro *Var. QQ. de Jurisdict. fol.* 25. *et fol.* 28. Fachin. 1. *Contr.* 45. Bocer. *de Jurisdict. C.* 1. *n.* 17. *et Cap.* 6. *n.* 19. Sed recte Duar. *de Jurisdict. Cap.* 5. *sub fin. et de Judic. Cap. de Judic. dat. fol* 155. Etsi lege concessum hoc proconsuli, non tamen specialiter, sed lex cavet, ut quæ magistratibus urbis competebant, jure magistratus sui, in ipsum trasferrentur, et Scip. Gentil. 2. *de Jurisdict.* 10. *pag.* 228. *et seq. et Cap.* 14. *cir. fin.* Quare lex non tam tribuit nominatim, quam declarat hoc jus illi competere ut sui imperii, seu magistratus. Alii hoc jus dandi judices misti imperii esse volunt, Baro *de Jurisdict. fol.* 40. Parlador. 2. *Rer. quotid.* 1. *n.* 3. Camil. Plaut. *ad Rub. D. de off. eius Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 6. *et* 7. Joach. Steph. 1. *de Jurisdict.* 4. *n.* 14. *et Lib.* 3. *Cap.* 5. *n.* 23. Quod Obrech. *de Jurisdict.*

Id genera eorum qui jurisdictionem habent, sigillatim proposita declarabunt. Diximus suo loco horum duo esse genera. Unum eorum qui suo jure jurisdictionem habent, in quo genere sunt magistratus. Alterum eorum, qui habent alieno beneficio, atque hos esse, quibus mandata est jurisdictio. De magistratibus vere dixerimus, [2] omnes judicem dare posse. Hoc de urbanis magistratibus, qui fuerunt Romæ, generaliter scribit Paulus in *d. L. cum prætor*, §. 1. *de jud.* In provincialibus, solum de proconsule. Sed quod urbanis tribuit, sciamus satis argumenti esse, idem et ad provinciales magistratus, præsides, reliquosque rectores provinciarum pertinere: cum de horum imperio et potestate ita traditum sit, quæcunque partes sunt eorum magistratuum, qui Romæ jus dicunt, eas proconsulibus, omnibusque præsidibus et correctoribus provinciarum esse tributas. *L. ex omnibus*, *L. omnia. L. sed licet*, *D. de offic. presi.* Quod attinet ad eos quibus jurisdictio mandata est, de his aperte et generaliter Paulus definit, istos judicem dare posse. *d. L. cum prætor*, §. 1. *de jud.* Addit quidem ille; *ut sunt legati proconsulum.* Sed perspicuum est, dictum hoc esse exempli caussa, quod ejusmodi est, ut nihil [3] mutet de proposita definitione: bene enim vulgo dicitur, exempla non restringere regulam. *L.* 1. §. *quod vulgo*, *D. unde vi.* Et ne ita esse dubitemus; etiam procuratori Cæsaris vice præsidis agenti, id est, mandata ei jurisdictione a præside, permittitur judicem dare inter privatas personas, inter quas alioqui jurisdictionem suo jure non habet, ut significatur in *L.* 1. *C. de pedan. judic.* Duo sunt tamen, quæ in hoc genere videantur obstare; de quibus paucis respondebo.

III. Obstare vulgo putant, quod traditur in *L. ultim. D. de offic. ejus*, eum cui mandata est jurisdictio, jurisdictionem alteri mandare non posse. Cur enim his verbis non putemus hoc dici, nec caussam judici dato delegari posse? Hæc objectio impediit Accursium, et similes, quia existimarunt [4] hæc eadem esse, mandare jurisdictionem, et delegare judicem. Inter quæ multum interest, ut suis locis docuimus, cum de judicibus, et mandata jurisdictione ageremus: de quo et nunc inter eruditos omnes convenit. Mandare jurisdictionem, si de judicio agitur, est quidem judicem dare; sed cum imperio et exsequendi judicati potestate: id enim jurisdictio significat. Judicem autem dare est simpliciter dare judicem, id est, dare quidem eum

Cap. 12. *n.* 21. sane admittit, sed ideo, quia putat quæcunque jurisdictionis sunt, eadem imperii esse et contra, vid. *supra Cap.* 8. *N.* 23. Bocer. *de Iurisdict Cap.* 3. *n.* 7. esse jurisdictionis eo respectu, quod qui jurisdictionem habet, idem licentiam judicis dandi (in quo tamen a seipso dissendit *ut supra*) imperii ratione jussus. Malo sic. Datio judicis est actus jurisdictionis, addicendo enim judicem, judiciumque constituendo, jus utique dicit, seu reddit prætor litigantibus. Quanquam non ideo omni, cui quæcunque jurisdictio est, hæc competit, ut magistratui municipali, per *d. L.* 12. §. 1. *in fin.* Nam uti imperium mistum alii magistratui majus, alii minus, ita et jurisdictio. Potest igitur actus esse jurisdictionis, (majoris) æque uti imperii, etsi non omni magistratui, jurisdictionem (minorem) vel imperium habenti competat, confer *supra Cap.* 7. *N.* 17. Sed jubere judicare, seu compulsus ut addictus judicare conatur, est imperii misti. Ratio evidens.

2) Etiamsi ad certas caussas constitui, ut *L.* 1. *C. de pedan. iudic.*

3) Vera sententia, sed quæ ex d. *L.* 1. non probatur, quia vice præsidis agens differt a mandatario jurisdictionis, vid. *supra Cap.* 8. *N.* 9. Satis autem probatur *d. L.* 12. §. 1. ubi id adeo expressum dicit Duar. *in Apolog. de iurisd. n.* 13. ut nullus dubitationi sit locus. Et consentit Musc. *de iurisdict. n.* 160. Ant. Fab. *ad L.* 1. *et ad L.* 5. *de iurisdict.* Scip. Gentil. 2. *de iurisdict.* 10. *et* 20. Diss. qui legato proconsulis soli hoc largiuntur, tanquam id habeat ex speciali legis concessione, non vi mandati, Govean. *ut supra N.* 1. Hottom. 3. *Obs.* 4. Vacon. 6. *Declar.* 87. Bellon. 3. *Supputat.* 11. Fach. 1. *Contr.* 4. Camil. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib.* 1. *Cap.* 12. *n.* 14. *et Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 3. *et* 4. ubi tamen *n.* 10. jus hoc etiam alii concedit, cui universa jurisdictio mandata. Quomodo et Lycklama 4. *Membran.* 7. specialiter hanc licentiam mandari non posse, at generali mandato transire, quod sæpe universitati accidant, quæ separatim non transeunt *L.* 29. *de contr. empt.* Sed hoc alienum est, et dissimili simile. Quin imo hic aperte regula contraria habetur, in *L.* 1. *pr. de off. eius.*

4) Ut Accursiani fere omnes passim et cum iis Govean. *ad L.* 6. *de Jurisdict.* Poll. *Lib.* 3. *Hist. fori C.* 11. P. [illegible]eg. 47. *Synt.* 22. et Wes. *ad tit. C. de pedan. jud. n.* 12. *et seqq.* ubi *n.* 14. statuit, quod uti proconsulibus fuerunt legati, quos non suo arbitratu eligebant, sed a senatu accipiebant, licet pro arbitrio illis jurisdictio mandaretur, ita præsidibus judices pedaneos a Senatu, vel principe adsignatos, quibus propter occupationes, jurisdictionem mandarint. Gœdd. quoque hæc apertissime confundit de *Sequestr. Cap.* 1. *n.* 71. *et passim.* Quanquam ipse *ibid. n.* 71. distinguat inter mandatam jurisdictionem et delegatam, ac si judici dato dicenda sit jurisdictio delegata, non mandata. At imo non ita distinguendum est. Nam delegare idem est quod mandare; sed distinguendum inter mandatam seu delegatam jurisdictionem et caussam seu litem. Sed et in eo, Ut hanc ἀκυρολογίαν non infectemur, labitur in præcedd. quod dum agit de revocanda delegata jurisdictione (et ita juxta acceptionem suam, notione dati judicis) multa movet, quæ vere tantum sunt mandatæ jurisdictionis, multa objicit, ut delegati proconsulis potestate inconsulto principe non revocanda, etc. Ut curas quis merito secundas illic exigat. Enimvero ex hac promiscua acceptione infiniti errores promanarunt, ut juste DD. veteres hac de caussa a novioribus vapulent, justius autem noviores ii, qui hoc meliore ævo differentias perspicuas non animadvertunt. Vid. Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 306. Baro *Var. Var. QQ. de Jurisd. fol.* 29. *et* 30. Muscorn. *de Jurisdict. n.* 159. Duar. *de Jurisdict. Cap. ult. et ad L.* 5. *et L.* 16. *D. eod. et ad L.* 5. *de re iud.* item ad *tit. C. Ubi et ap. quem in int.* A. Fab. 17. *Coniect.* 8. Covar. 3. *Var. Resol.* 20. *n.* 11. Bron. 1. *Ass.* 21. *et* 1. *Misc.* 33. Pac. 1. *Q.* 49. *et Q.* 54. Scip. Gentil. 2. *de Jurisdict.* 13. Matth. Steph. 1. *de Juridict.* 16. *n.* 18. *et seq.* Bocer. *de Jurisd. Cap.* 6. *n.* 6. Obrech. *Disp.* 7. *n.* 153. *et seqq.* Fachinæ 11. *Contr.* 89. Camil. Plautius *ad Rub. de off. eius Lib.* 1. *Cap.* 12. *et* 2. *seqq.* Qui *Cap.* 14. perplures differentias recenset. Præcipuas autem sic in unum cogere placet. Differunt (1). Constitutione. Judex addicitur ex consensu litigantium vid. *infra Cap. seq. N.* 21. Mandat jurisdictionem magistratus pro libitu (2) ille datus invitus, Ideoque necesse est jurisdictioni dantis subsit: Mandari etiam magistratui alii potest, itemque extraneo alterius ditionis, quia volens suscipit, *supra Cap.* 8. *N.* 13. Illic ut vult Plautius scriptura requiritur, hic consensus sufficit. (2). Effectu et potestate. Ille jurisdictionem non habet, sed nudam notionem sine imperio et potestate exsequendi. Hic jurisdictionem cum imperio, adeoque totum jus dicentis officium. Ille habet notionem propriam et suo nomine judicat, etsi non nisi jussus. Hic jurisdictione aliena utitur, et mandantis vice fungitur. Ille non datur nisi ad unam litem. Jurisdictio autem etiam omnis, seu universa mandari potest. Ab illo appellatur is qui dedit: ab hoc non qui mandavit, sed eo proxime superior. Ille judicem alium dare nequit, hic potest. Ille infimus judex, hodieque regulariter tantum caussarum viliorum: Hic cum representet mandantem, ex ejus persona honorandus, ut *supra Cap.* 8. *N.* 13. neque ut potestas dandi judicis, ita et mandandæ jurisdictionis restricta. (3) Dissolutione: Judicis enim dati auctoritas morte dantis non finitur, ut mandata jurisdictio. Contra paris imperii adeptione illa finitur, hæc non æque.

eum qui judicet, sed sine jurisdictione et imperio, quia sine exsequendi potestate. Qui mandatam jurisdictionem habet, hanc ideo alii mandare non potest, quia habet alienam, non suam; tantumque exercitio ei commissa est; quæ est personalis. At idem judicem ideo dare potest, quia judice dato nihilominus in ea caussa jurisdictionem retinet. Sententia enim a judice dato lata hanc exsequetur is qui eum dedit, ut fieret, si iudicem dedisset magistratus. *L. a Divo*, §. 1. *D. de jud.*

IV. Plus habet difficultatis ad explicandum, quod scriptum est in *L. eum qui*, *D. de jurisdict.* his verbis: *eum qui judicare jubet*, *magistratum esse oportet.* Hoc enim valet, ita eum qui id jubet magistratum esse oportere, ut nisi sit, non possit jubere judicare: proinde nec judicem dare qui iudicare debeat. Atqui omnis cui mandata est iurisdictio, quatenus talis est, non est magistratus: non enim habet jurisdictionem suo iure. Solum autem suo jure habet magistratus, ut suo loco ostendimus. Quo fit, ut cui mandata iurisdictio est, is iudicem dare non possit. Sed quod dicitur, eum qui judicare iubet, magistratum esse oportere; tale est, ut eum cui mandata est iurisdictio, non excludat, quoniam is vice magistratus fungitur, eiusque imperio utitur. *L.* 3. *D. de offi. eius*, *L. solet*, *D. de iuris-dict.* Non me movet, quod is cui mandata solum iurisdictio est, non est magistratus. Sane enim honore et proprietate iurisdictionis non est magistratus. Exercitione [5] imperii atque usu magistratus est, certe pro magistratu habendus, dum vice eius et partibus fungitur, et eodem imperio est. Illud in hac obiectione constare debet, si quem cui mandata est iurisdictio, admiserimus iudicem dare posse, probandum esse etiam eum posse iubere iudicare: ne quis forte ad hæc concilianda eo nunc confugiat, ut dicat diversarum rerum officia hæc esse, iudicem dare, et iubere iudicare: eoque nec mirum esse, si cui negetur iubere iudicare huic concedatur dare iudicem. Quisquis iudicem dare potest, etiam eum quem dedit [6] jubere potest iudicare. Primum quia [7] utrumque est iurisdictionis: ut si is cui mandata est iurisdictio, iudicem dare potest, quia hoc facere est iurisdictionis, quam ille isto facto exercet: possit eadem ista ratione iubere iudicare, quia hoc quoque est iurisdictionis. Deinde quia frustra quis iudicem dederit pro potestate, nisi possit pro eodem imperio iubere, ut qui datus est, iudicet. Cui autem iurisdictio data est, ut datur ei, cui est mandata, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. *L.* 2. *D. de jurisdict.* Ratum est igitur, omnem qui iurisdictionem habet, iudicem dare posse, si persona tantum dantis quæritur; sive is magistratus est, sive is mandata tantum jurisdictione utitur. Et hoc ex eo videlicet, quod dicimus licentiam dandi judicis esse jurisdictionis.

V. Valet et hæc definitio in contrarium, et quidem multo certius, ut si quis jurisdictionem non habet, continuo recte dicturi simus, eum judicem dare non posse. Id ipsum et ex generibus eorum, qui in ea caussa sunt, sine hæsitatione intelligetur.

VI. Qui jurisdictionem non habent, eorum item duo genera sunt: privati, qui nullo munere judiciario funguntur, et judices dati. Privatos constat ipsos sibi judicem dare, aut sumere non posse. *L.* 3. *C. de jurisdict.* De judice dato, quem suo loco ostendimus notionem tantum habere, non jurisdictionem, extat definitio diserte scripta in *L. a judice*, *C. de jud.* hunc judicis dandi potestatem non habere, cum ipso iudiciario munere fungatur, ut sit sensus: cum iudex datus fungatur tantum munere iudicandi, non iuris dicundi: hoc autem totum, iudicem dare, sit iurisdictionis, non iudicationis. Est quidem iudicandi munus publicum. *L. quippe*, *D. de judic.* cuius generis munera constat non posse detrectari. *L. si quis magistratus*, *L. ult.* §. *judicandi*, *D. de mun.* Sed non ideo efficitur: iudicem datum cum hoc munus in se admiserit, non posse vice sua alium dare, qui iudicet, si nihil aliud quam munus publicum impediat. Nam et tutela munus publicum est. *L.* 1. §. *æque*, *D. de mun. Inst. de exc. tut.* in prin. Neque tamen prohibetur tutor tutelam mandare alii gerendam: quasi videatur eam gessisse, qui gessit per alium

5) Ita et Bron. 1. *Misc. Ass.* 53. A. Fab. *ad d. L.* 13. quia ex §. 1. apparet id scribi non ad exclusionem ejus, cui mandata est jurisdictio, sed privati, qui nullam penitus jurisdictionem habet. Expedite P. Fab. *ad d. L.* 70. *de R. I. pag.* 319. Non hæc mens, ait, Ulpiani ut eum, cui mandata est jurisdictio excluderet, sed ut doceret, cogi non posse, ut judicet, ab eo, qui nec propriam nec mandatam jurisdictionem nunc habet, licet ille ipse, cum magistratus esset, eum judicem dederit.

6) Uti Charond. *de Jurisdict. n.* 24. Baro et Duar. *ad d. L.* 13. et Muscorn. *de Jurisd. n.* 160. majoris imperii esse judicare jubere, quam iudices dare.

7) Hoc noster inde statuit, quia putat quæcunque imperii sunt, eadem jurisdictionis esse, ut *supra Cap.* 8. *N.* 27. Quod ibi non admisimus. Conveniens tamen hæc ratio ita, quia etsi hic jussus sit imperii, id tamen mandata jurisdictione una transit.

alium. *L.* 5. §. *gessisse*, *D. de adm. tut.* Prohibetur ergo iudex delegatus alium iudicem dare, non quia munere publico fungitur; sed quia munere iudiciario, id est, ut dixi, iudicandi tantum, non iuris dicundi; seu eo munere, in quo [8] insit notio tantum, non iurisdictio; cuius solius proprium est dare iudicem.

VII. Excipitur ex numero iudicum datorum judex a principe datus quem placet alium iudicem dare posse in *d. L. a judice*, *C. de jud.* Non aliam id quidem ob caussam, quam quod et hic habet iurisdictionem, ut ostendimus in mandata iurisdictione, ut dicendum sit sibi per omnia constare superiorem definitionem, potestatem iudicis dandi esse iurisdictionis, eo qui iurisdictionem habeat, iudicem dare posse, si nihil aliud impediat: qui non habeat, omnino non posse.

8) Facit *L. ult.* vers. *sed ne quis ibi : vel apud eos C. Ubi et ap. quem in t.* Scip. Gentil. 2. *de Jurisd.* 14. *p.* 246. rationem reddit (1) ex *L.* 3. *C. de iurisdict.* Non placet, Nam et judex datus, persona publica est, et privati ibi significantur litigantes (2) quia ippe judicare jussus et parere cogitur per *L.* 78. *de iudic.* Et hanc reprobat hic Donellus. Ac certe magistratus, et jus dicentis officium non minus, imo magis publicum, ex mandato tamen transit. Putat Cujac. 9. *Obs.* 22. arbitrum tamen dari posse a judice dato, veluti rationibus excutiendis etc. In quo accedit DD. iis, qui delegatum unum caussæ articulum subdelegare, ut loquuntur concedunt.

C A P. XXIV.

Qui judices dari possint; et qui conditione personæ judices esse prohibeantur.

Judices dari posse omnes qui non prohibentur. I.

Quidam prohibentur conditione personæ.

Hi natura aut legibus. II.

Natura *Surdus*, *Mutus*, *perpetuo furiosus*, et *impubes.* III.

Item minor: et imperitus. Quæ juris peritia desideretur. IV.

Minor nec invitus cogi, nec etiam volens adversus invitos potest judicare. V.

Secus si jure datus, idemque volens, nec litigantibus invitis judicet. L. cum lege 41. *explicatur.* VI.

Hoc posteriore casu quid præterea in minore desideretur. Interpretatio L. quidam 57. D. *de* re jud. VII.

Quid si minor magistratum gesserit. VIII.

Judicis officio cæcus omni tempore fungitur. Accursii distinctio exploditur. IX.

Contrarii juris loci explicantur. X.

Quidam legibus vel moribus prohibentur; et et qui sint. XI.

Prohibentur et ii qui non sunt in albo judicum descripti. Horum ordo duplex et qui. XII. XIII.

Item suspecti; et qui tales. XIV.

Transitio. XV.

I. Ut non omnes iudicem dare possunt, sic non omnes iudices dari. Qui dari possunt, etiam de eo extat Pauli divisio in *L. cum prætor*, §. *non autem*, *D. de jud.* Sed cui et ipsi multa desunt: sicut et priori illi eius definitioni, quæ fuit de iis qui iudices dare possunt. Nos omnia sic recte complecti posse videmus. Omnes iudices dari possunt, qui esse aut dari [1] non prohibentur. Sic ius perpetuum est, omnia licere, quæ iure fieri non prohibeantur. Est enim hoc libertatis eius, quæ omnibus civibus tributa est. *L.* 4. *D. de stat. hom.* Quam et ipsum in omnibus integram manere oportet, nisi quid ei iure derogetur. Usurpata definitio in testibus in *L.* 1. §. 1. *D. de testib.* usurpata in procuratore in *L. mutus*, §. 1. *D. de proc.* Sed ita usurpata in his, ut ratio ostendat

1) Coler. *de Process. exi. P.* 1. *Cap.* 4. *n.* 32. Impedimentum, inquit, judicandi triplex. Naturæ in surdo, muto, furioso: Legis in ordine moto; et Morum, consistens in sexu, et statu. P. Greg. 47. *Synt.* 9. incapacem esse, vel ex propria persona, vel ratione assumptæ dignitatis aut officii, vel ratione litigantium, qui de his tractat *d. Cap.* 9. *et* 2. *seqq.*

dat ius ad similia omnia pertinere. Soli ergo qui prohibentur, esse iudices non possunt. Quibus cognitis etiam priores sua sponte intelliguntur: cum posterioribus remotis soli relinquantur, qui non prohibentur, quos omnes idoneos esse dicimus. Idcirco ad eos qui prohibentur, omnis hæc tractatio refertur, ut fit et in similibus omnibus quæstionibus, quæ sunt de personæ ad res aliquas facultate.

II. Eorum qui iudices esse prohibentur, duo genera sunt. Quidam prohibentur conditione personæ in totum: quidam privatis de caussis in eam caussam de qua agitur, aut in id tempus quo agitur, incidentibus; alioqui extra eas caussas, aut id tempus idonei iudices futuri. Conditione personæ prohibentur alii natura, quidam legibus; quod posterius ita dico, ut velim etiam mores in leges receptos comprehendi. Pauli divisio est in *d. L. cum prætor*, §. *non autem, de jud.*

III. Natura prohibentur ii, in quibus non [2] est facultas earum rerum, quas iudicis munus desiderat. Non enim iudex nomen est honoris et tituli, sed officii et administrationis; quæ in quo non est, satis natura ipsa officii iudex esse prohibetur. Judicis hæc munera sunt quatuor; caussam audire; loqui quæ ad promovendam caussam et litem sententia dirimendam pertineat; cognoscere rem ac iudicare: nec iudicare quovis modo, sed ita ut legibus, constitutionibus, et moribus proditum est. *L. judices, C. de jud. L. de qua re, D. eo. Instit. de offic. jud.* quæ nunc strictim indicamus, quia locus postulat; pluribus postea de singulis dicturi in ordine judiciorum, ad quem hæc officia pertinent. Si quis est igitur, qui audire disceptionem litigatorum non possit: si quis, qui non possit loqui: si quis, qui non possit judicare; si quis, qui non didicerit judicare ex legibus: natura ipsa rei loquitur neminem horum officio iudicis fungi posse. Hinc ad hoc recte referuntur a Paulo hi quatuor, surdus, mutus, perpetuo furiosus, et impubes. *d. L. cum prætor*, §. *non autem, de jud.* [3] Surdus audire non potest. Mutus non potest interloqui aut sententiam pronuntiare. Furiosus et impubes iudicio carent, ut ibidem scribit Paulus: idest præcipua ea parte, a qua sola judicium nomen habet. Idem in §. *præterea*, et §. seq. *Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Sed cur dixit, [4] perpetuo furiosus? Quia furiosum iudicem datum esse nihil nocet, quominus quod sententia dixerit, ratum sit, si suæ mentis effectus cognovit de re, et iudicavit; ut explicatur in *L. cum furiosus*, 39. *D. de iudic.* Sed ut hi quatuor recte in superiore genere ponuntur: ita non sunt soli ex hoc genere.

IV. Superioribus adjiciendi sunt duo, minor viginti quinque annis, et [5] imperitus iuris ac legum iudex. De peritia iuris quanta sufficit ad caussam dirimendam, ita iudicandum est, non aliud esse magis, quod desideretur in iudice. Non enim hic quodvis iudicium requirimus: sed id quod esse possit ex iure et legibus de re controversa, ut dixi. Quem ergo iuris, moris imperitum esse constabit, sciamus hunc iudicem esse non posse. Quod et semper observatum fuit in omni bene instituta Republica: et ut non esset antea, hunc certe Justinianus a iudicandi officio removit. *Novel.* 82. *de judic.* in princip. *Neque enim putavimus convenire*, inquit, *ut illi judicum nomen gerant*; *qui et legum sint imperiti*, *et in rebus gerendis nullum habeant usum*, *nullam experientiam.* Et paulo post: *cum vero erunt*, *qui nec magistratum gerant*, *nec nobis in ministerio sint*; *si iidem non a se jus accepturi sint*, *sed aliunde emendicaturi rectam judicandi ra-*

2) Ubi etsi adversa pars nihil opponat, non valet judicium, quia non est in arbitrio opponentis, huic vitio mederi Wes. *ad t. C. Qui pro sua iurisdictione n.* 5. Vant. *de Nullit. ex def. iurisdict. deleg. n.* 41. Et nec dispensationi hic locus, cum illa judicium conciliare impuberi ex. gr. nequeat ob cujus defectum arcetur, argum. *L. ult. C. de test. mil.* Knich *de Sax. non provoc. iure* v. *Electorum Cap.* 5. *n.* 78. Vant. *d. lo. n.* 40.

3) Hinc audientia caussæ dicitur *L.* 10. *C. de iudic.* et sæpe litigantes interrogare expedit *L.* 9. *eod. Cap. iudicantem Cap.* 30. Q. 5. De his et de furioso pluribus P. Gregor. 47. *Synt.* 9. *n.* 3. *et seqq.* Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 20. *et seq.* Item prodigus, qui furioso comparatur, Wes. *ad tit. C. Qui pro sua n.* 5.

4) Tutum tamen hoc non esse monet P. Gregor. *d. Cap.* 9. *n.* 14. quia negocia offerri possunt, quæ moveant bilem judici, et in furorem facile concitent.

5) Ignorantia enim judicis plerumque est calamitas innocentis, ut Augustin. 19. *de Civ. Dei* 6. Et intolerabilis ignorantia in iis, qui præsunt *Cap. si in laicis* 38. *dist.* Unde Bald. *in L.* 2. *C. de Sent. ex peric.* judicem duplici sale instructum esse debere: Scientiæ, ne sit insipidus, et conscientiæ, ne sit diabolicus, Menoch. *Arb. Cas.* 339. *n.* 1. vid. Coras. 5. *Misc.* 19. Gomez. *ad L. Tauri* 2. *n.* 1. 2. 3. Rob. 3. *Sent.* 3. Zas. *ad d. L. pen. C. de iudic.* Ant. Massa Galles. *Lib.* 3. *de Exerc. Jurisperit. n.* 78. *et seqq.* (ubi *n.* 82. de judicibus imperitis merito dici, quod apud Solonem Anacharsis, se maxime admirari, quod apud Græcos homines sapientes dicerent, stulti judicarent) P. Gregor. 4. *de Rep.* 6. *n.* 11. *et* 47. *Synt.* 10. *n.* 9. *et seqq.* Joach. Steph. 1. *de Jurisdict.* 5. *n.* 2. *et* 3. Suarzental. *ad L. nemo* 13. *C. de sent. et interl. n.* 46. *et seqq.* Beust. *in L. admonendi* 31. *de iureiur. n.* 457. Vulgo hoc restringunt, nisi assessores habeant, per quos defectus scientiæ suppleri possit, Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 17. *n.* 21. Unde in magistratibus non requisitam fuisse peritiam, cum plerumque fuerint militares, nec ex imperitia assessorum ipsos pœnam incurrisse volunt Coras. *d. Cap.* 19. Bron. 1. *Ass.* 64. Cic. *pro Plancio p.* 634. *Populus Romanus deligit magistratus*, *quasi Reipublicæ villicos*, *in quibus si qua præterea est ars*, *facile patitur*; *sin minus virtute eorum et innocentia contenta est. Quotus enim quisque disertus*, *quotus quisque iurisperitus est*, etc. Sed Rob. 3. *Sent.* 3. distinguit inter magistratus eos, quibus non tantum controversias dirimere, sed et alia Reipublicæ munia exsequi incubuit. His, ait, vitio non vertebatur, si male jus dixissent, sed eorum assessoribus: *L.* 2. *Quod quis iur.* Et eos quibus una cura dirimendarum litium forensium, qui legum periti esse debent *d. Nov.* 82. *pr.* quique etsi cum assessoribus lapsi, litem suam faciunt.

rationem, an non magnum ea res detrimentum Reipublicæ afferat, si his tradamus lites disceptandas, ignorantibus quid facto sit opus, sinamus autem eos quærere alios, a quibus discant, quid se in judicando pronuntiare oporteat? Non mutat hanc sententiam, sed confirmat potius idem Justinianus in *L. certi, penult. C. de judic.* definit quidem ille initio, certi iuris esse concessam, esse etiam militaribus hominibus iudicandi facultatem. Scimus autem, quod et idem alibi testatur, arma magis quam iura milites scire consuesse. *L. ultim.* in princip. *C. de jur. delib.* Sed de quibus militaribus hominibus, et quam peritis sentiat in *d. L. certi.* Ipse in reliqua constitutione declarat. *Quid enim obstaculi est*, inquit, *homines qui alicujus rei peritiam habent, de ea judicare?* De iis ergo loquitur, in quibus saltem exigit peritiam eius rei, de qua iudicant. Neque nos in omnibus iudicibus maiorem exigimus, aut exigendam putamus. Denique in *extremo* eos se dicere ostendit, *qui pro sua et legis scientia altercationibus militaribus finem imponant.* Ita in summa hac constitutione docemur, quod de iudice imperito dicimus eum iudicem esse non posse, ita verum esse, dum intelligamus non exigere nos in quovis iudice exactam omnis iuris cognitionem, sed tantam, quanta ad eas caussas quæ tractantur, decidendas [6] sufficit. Quæ si aderit, habemus, quantum satis sit ad iudicandi facultatem. Et hoc est, in iudice militari sufficit iuris et legum militarium cognitio. In iudice privato, iuris privati peritia. In iis locis, quæ moribus reguntur, eorum morum observatio et usus. Res enim huc spectat, ut quoniam a iudice exigimus, ut secundum leges et mores iudicet, eas ipse leges et mores cognitos habeat. Quem si certum sit ea non didicisse, necesse est nihil ei relinqui ad munus iudicandi obeundum.

V. De minore viginti quinque annis pubere, anceps quæstio est. Nam multis argumentis iuris probatur eum iudicem esse non posse. Et tamen scriptum est in *L. quidam. D. de re iudic.* si sententiam dixerit, æquissimum esse hanc tueri: qua declaratur eum iudicem fuisse: nam qui iudex non fuit, huius sententia non habet iudicati auctoritatem. *L.* 3. *C. de iurisdict. L. unica, C. qui pro sua iurisdict. iudic. da. poss.* Est præterea in *d. L. quidam,* distinctio subobscura in eo ipso minore viginti quinque annis, qua distinguitur in hac ipsa caussa pubes minor decem et octo annis ab eo minore, qui hanc ætatem excessit: ac qua in re distinguat, adeo obscurum est, ut prima fronte videatur hanc ipsam distinctionem initio positam, postea confundere. De quo sic habendum est. Jam primum hoc statuamus, [7] minorem viginti quinque annis puberem, si nihil aliud esse velimus quam iudicem privatum, neque invitum iudicem dari posse, ut iudicare cogatur, neque volentem iudicem esse posse invitis litigatoribus, et recusantibus, quominus in se sententiam ferat. Nusquam id diserte traditum, sed ea sunt in eam rem argumenta, quibus non minus certo id efficitur. Primum huiusmodi: Minores viginti quinque annis ad munera publica quæ patrimonii non sunt, admitti non oportet. *L. ad Rempublicam, D. de muner. et honor.* At tale munus est iudicare, *L. quippe, D. de iudic.* Quare nec minor etiam volens ad id munus admittendus est. Quo etiam argumento Harmenopulus pro hac sententia utitur *Lib.* 1. *Cap.* 4. Alterum argumentum est ex eo, quod scribitur de arbitro minore in *L. cum lege, D. de recept.* De eo illic ita scriptum est, ut negetur iudex compromissarius fieri posse, et si sumptus sit, placeat sententiam eius non tenere litigatores: idque hac ratione, quod minor viginti annis ex lege Julia non cogatur iudicare; maior autem annis viginti, minor viginti quinque non cogatur propter paratam in integrum restitutionem. Atqui eædem istæ rationes etiam in mi-

6) Et ita probe declarant Rob. *d. Cap.* 3. P. Greg. *d. C.* 10. *n.* 11. Cote. *Lib.* 2. *de Jure mil. Cap.* 6. Quisque enim suæ artis disceptator optimus. Hinc artifices de caussis sui artificii, et mercatores de caussis suæ negociationis cognoscunt *leg. ult. Cod. de iurisdict.* Unde illud: Peritis in arte credendum esse *L.* 12. *de sta. hom.*

7) Consentit Rosbach. *Process. Tit.* 4. *n.* 13. P. Greg. 47. *Synt.* 9. *n.* 16. *et seqq.* Exemplo enim perniciosum, ait, ut qui se regere non possunt, alios regant. Et Plato 3. *de Rep.* non juvenem esse oportere, sed senem bonum judicem. Cujus rei tres caussas profert Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. (1) quia adolescentum mores incerti, qui mutantur in horas, (2) Vehementes illis animi commotiones (3.) Longus rerum usus in eos non cadit. Contra Goveau. *ad L.* 2. *de iurisdict. n.* 8. (1) argum. a contrario ex *d. L.* 12. §. 2. *hoc tit.* vers. *natura* (2) quia eo ipso dum L. Julia cavit, ne judicare cogatur *d. L.* 41. posse significat. Et consentiunt Wes. *ad tit. Cod. Qui pro sua iurisdict. n.* 6. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* qui, majorem 18. annis esse posse judicem, statuit: infra eam ætatem vero plane non, sed minorem 20. annis non cogi. Majorem 20. annis etiam cogi per *d. L.* 41. et Matth. Steph. 1. *de Jurisd.* 17. *n.* 26. Bron. 1. *Ass.* 65. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 16. *et seq.* Arumæ *Disp. Pand.* 7. *Th.* 7. Ad *d. L.* 8. *de muner.* Resp. Govean. et P. Fab. aliam esse rationem administrandæ Reipublicæ, aliam cognitionis de privata caussa, ubi nec pleno arbitrio cognoscunt, sed ex formulæ præscripto, et peccatum appellatione corrigi potest. Atque his accedo. Quidni enim cum major 17. annis postulare, et si usque adeo peritus, de jure respondere possit *L.* 1. §. 3. *de postul.* judicandi eam facultatem, in caussis maxime levioribus, quæque a magistratibus delegari possunt, tribuamus. Quin et majorem 20. annis ipso jure arbitrum eligi posse quidam arguunt ex ipsa *L.* 41. *de rec. arb.* quia ibi dicitur *succurrendum ei* nempe restitutione in integrum, *si temere auditorium receperit.* Ergo ipso jure gesta valent, per *L.* 16. *pr. de min.* Et alias responderi posset, disparem arbitri rationem esse, qui liberius judicat, nec provocatione ejus pronunciatum rescindi potest, etc.

minore iudice dato non minus valent: quinimmo et magis propter maiorem legibus iudicandi difficultatem. Quo efficitur et in iudice minore idem ius intelligi debere, ut frustra iudex detur, qui iudicare cogi non potest. *L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Adde his ius vetus, quo usos fuisse Romanos Augusti temporibus refert Suetonius. Scribit enim in Augusto *Cap.* 26. *et Cap.* 32. Augustum allegisse iudices ex trigesimo anno; et addit, idest, quinquennio maturius quam solebant: significans ante Augusti tempora, non modo iudices non eligi solitos minores viginti quinque annis, sed nec ante trigesimum quintum annum: ipsius autem Augusti non solitos allegi etiam ante trigesimum. Ut mirum non sit, si postea detractis rursum quinque annis iudicandi interdictio saltem intra minorem ætatem constiterit. Si rationem huius iuris quærimus, non est obscura. Etsi enim in pubere minore viginti quinque annis plus iudicii est, quam in impubere: non tamen est tantum, ut dijudicationem rerum controversarum possis ei facile tribuere. Nam et minoribus propter infirmitatem consilii adempta est rerum suarum administratio *L.* 1. *D. de minor.* Non convenit, quibus rerum suarum non committitur, his alienarum tradere dijudicationem et potestatem. In ea re præsertim, qua nullum munus, nulla ministratio maiorem prudentiam et iudicium desiderat: idest, in iudicio, quod quia præcipue illa desiderabat, ex eo proprie et iudicii nomen invenit. Non est igitur minor viginti quinque annis in ea caussa, ut iudex esse possit, ætatis non satis firmo iudicio prohibente. Sed hactenus, inquam, ut proposui, ut neque invitus cogi possit iudicare, neque volens cognoscere et sententiam ferre adversus invitos possit.

VI. Cæterum si iudex datus ab eo qui ius dandi habuit, ultro cognitionem susceperit, non recusantibus litigatoribus, atque hoc modo sententiam tulerit: hic locum habet, quod Ulpianus scribit in *d. L. quidam*, *de re judic.* æquissimum esse sententiam tueri. Quod ait æquum esse; inquit proprie et summo iure minorem iudicem non fuisse, ut proinde nec eo iure sententia eius defendi potuerit tanquam a competente iudice lata, sed nihilominus ex æquo et bono tuendam esse, cum propter [8] consensum litigatorum, tum propter auctoritatem eius, qui eum dedit; sed maxime ideo, quod fuerit ea ætas, quæ iudicium pueritiæ excedens iuris et legum perita esse possit. Sed in hunc quoque casum refragari videtur *d. L. cum lege*, *D. de recep.* Nam illic non tantum dicitur, minorem iudicem compromissarium eligi non posse; sed nec si sententiam dixerit, valere. Et tamen arbitri sententiam inter consentientes dici constat. Et hoc in arbitro minore recte dicitur. Ad minorem iudicem datum transferri non debet. Dissimilis enim caussa est iudicis dati, et arbitri. Arbiter etsi volens sumitur a volentibus et aperte in eum consentientibus; nemo tamen est, qui potestatem sententiæ dicendæ in eo confirmet. Sumitur enim a privatis. Privati nullo consensu suo iudicem facere potuerunt eum, qui iure esse non poterat. *L.* 3. *C. de jurisd.* In iudice autem dato est, qui auctoritatem sententiæ dicendæ ei tribuit: is nimirum, qui ius dandi iudicem habuit. Cui dationi si etiam non repugnantia litigatorum accesserit, tum et in dante, et in eo qui datus est, itemque in litigatoribus omnia concurrunt, cur sententia ab eo dicta servari debeat.

VII. Sed et hoc ita accipi vult Ulpianus, si minor viginti quinque annis decimum octavum annum excesserit. Tum enim vere plenam pubertatem implevit, qui eum numerum excessit. §. *minorem*, *Inst. de adopt.* Quod si pubes decem et octo annis minor erit: negat Ulpianus, quanvis non recusantibus litigatoribus sententiam dixerit, sententiam tuendam esse. Et tamen hoc ita postea temperat, nisi is ex consensu iudex datus sit, scientibus iis, qui in eum consentiebant. Quod si fit, etiam huius sententiam similiter tuendam esse admittit. Quomodo ergo iam istos distinguit, minorem decem et octo annis, et minorem 25. annis? Mihi videtur distinctio significari in verbo, *scientibus.* Minor 25. annis iudex recte datur non repugnantibus, scilicet, litigatoribus. At minor decem et octo annis, ut recte datus sit, eiusque sententia valet, non satis est datum eum iudicem esse non repugnantibus, nec contradicentibus litigatoribus, sed oportet [9] accedat scientia, et consensus expressus eorum:

8) Atqui semper olim ex consensu partium accipiebantur, ut *infra N.* 21. Quare vel hinc modo dicta *N. præced.* confirmantur.

9) Sed verius puto, si 18. annis minor, nullo modo admitti, ut P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* Et ex *d. L.* 57. Scientiam litigatorum de ætate judicis requiri, etsi 18. annis major sit, quia alias certe error facti consensum excludit, si pro majore habuerunt, qui minor fuit. Quare quod, in versic. *et æquissimum d. L.* 57. generalius dictum, id in sequentibus declaratur, ut in sententia magistratus omnimodo obtineat, quia ut is a superiore constituatur, consensus subditorum, quibus præficitur, necessarius non est. In sententia vero judicis dati

rum: Id est, debent litigatores scire eum esse minorem 18. annis, et in eum consentire: hoc casu rectissime dicitur ab Ulpiano valere sententiam. Hactenus de iudice dato loquimur.

VIII. Loquitur *d. L. quidam.* Etiam de minore magistratum gerente. In hoc ita ius est, ut ejus jurisdictio omnino improbari non possit, valeatque ab eo prolata sententia. *d. L. quidam*, vers. *certe*, et vers. *proinde.* Qui versiculi ita inter se conjungi debent. Neque in hoc distinguimus utrum volentibus an invitis litigatoribus judicet, vel utrum major an minor sit decem et octo annis. *Princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia eum gerere* [10] *decrevit,* inquit Ulpianus. Magistratus autem etiam majores illos, puta, consulatum et præturam, admodum [11] adolescentibus posse et solere a principe mandari, hæc *L. quidam*, si cætera testimonia deessent, satis ostendit. Sed et a populo et a senatu non semel olim id factum esse Cicero *Philip.* 5. refert. Quod autem Daurenus idem probat ex *L. nemo. C. de religios.* ubi ita subscriptio est, *Honorio nobili puero et Evodio consulibus* conjectura labitur: nam nobiles vel nobilissimi pueri [12] vocabantur olim successores imperio destinati. Atque hæc de sententia *d. L. quidam*, et de jure civili nobis dicta sunto. Jure pontificio ætas illa 20. annis definita est, ut videre est in *cap. cum vicesimum*, *extra de offic. de leg.* quod neque mihi, neque Zasio placet. De cæco videamus.

IX. Et judicis eum officio fungi posse, manifestum est ex *L. cæcus*, 6. *D. de judiciis*, et *L.* 1. §. *casum*, *D. de postulando.* Sed hoc [13] Accursius et cæteri eum vulgo secuti interpretes sic acceperunt, quasi judex dari ab initio cæcus non possit, sed si priusquam luminibus caperetur, judex addictus sit, cæcitate postea judicem esse non desinere. Sed hallucinantur. Verissimum enim est, indistincte cæcum officio judicis fungi posse, ut *dd. LL.* loquuntur, sive initio cæcus fuerit, sive postea in eam calamitatem inciderit: immo etiam sive ita natus sit, sive casu aut morbo oculos amiserit. Et certe ratio vulgaris illius distinctionis nulla est, quid enim prohibet cæcum, quantumvis ita natum, ut literas nunquam didicerit, ea tamen prudentia esse, ut judicare possit et quid æquum, quidve iniquum in quaque caussa sit videre? Cæcitas mentis non oculorum judicium animi impedit, ut furor, quem Cicero eleganter *Lib.* 3. *Tusc. quæstion.* mentis ad omnia cæcitatem appellat. Quid, quod philosophos quosdam legimus seipsos luminibus privasse, quo rerum indagationi vacarent commodius, et adempto corporis visu, aciem mentis quo vellent acrius intenderent. Affectibus quoque multis, perniciosis assessoribus cæcus caret, qui per oculos maxime inferuntur. Ut non absurde sapientissimus et sanctissimus ille Areopagitarum judicum consensus [14] noctu duntaxat, judicavisse dicatur.

X. Sed videndum est, quid huic sententiæ quam defendimus, adversetur. Et quatuor ea esse comperio. Primum ex *L.* 1. §. *secundo loco*, *D. de postuland.* Nam illic scriptum est in fine, cæcum utriusque luminibus orbatum retinere quidem jam cœptum magistratum posse: aspirare autem ad novum

ita; modo illi quibus ex consensu, ut solebat, addicebatur, ætatis ejus gnari fuerint.

10) Modo is. ætatem sciverit. Quia promovendo inhabilem, ex certa scientia, princeps ad officium vel dignitatem, dispensare dicitur (ut vulgo, seu gratiam ætatis facere et LL. annariis solvere) ac defectum supplere, Menoch. 2. *Præs.* 20. Knich. *de Sax. non prov. jure v. Electorum Cap.* 5. *n.* 56. Wes. *ad titul. Cod. Qui pro sua iurisdict. n.* 6. Aliter Zas. 2. *Intell. Singul.* 22.

11) Quanquam alias legibus annariis certæ ætates apud Romanos definitæ fuerint cuivis magistratui, Plin. *ad Trajanum: Cautum est, Domine, ne quis capiat magistratum, neve sit in Senatu minor annorum triginta.* Hippol. a Coll. *in Consiliario* vid. Nicol. Gruch. *Lib.* 1. *de Comit. Rom. Cap.* 3. P. Gregor. 4. *de Rep.* 5. *n.* 54. Pollet. 5. *Histor. fori* 8. ibique Broidæ, *in Coroll. n.* 1. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I.* Lips. *de Vet. magistr. Rom. Cap.* 4. *et seqq.* singulatim persequens, qui anni cuique magistratui legitimi addantur de ætate senatoria, Zamosc. *Lib.* 1. *de Senatu p.* 27. *et seqq.* de Consulari, Forner. 1. *Select.* 12. Nec verum omnino quod Macchiav. *Lib.* 1. *de Rep. Cap.* 60. vult evectos fuisse Romæ ad consulatum, et reliquos magistratus nulla ætatis aut generis ratione habita, sed unius virtutis respectu, etsi primis forte temporibus id largiendum, Lips. *d. Cap.* 4. Sane hodie, quando jurisdictio sæpe patrimonialis, quæ cum territorio obvenit, ad pupillum etiam pertinere potest, ut tamen ipse non jus dicat, sed per tutores et consiliarios, P. Greg. 47. *Synt.* 9. *n.* 26. Wes. *ad tit. Cod. Qui pro sua iur. n.* 7.

12) Vid. Alb. Gent. *Lect. Virg. C.* 9. ubi Principum Filios pueros vocatos probat, Horat. 2. *Odar.* 12. *et* 18. *et* 4. *Od.* 4. Ovid. 2. *de Ponto.* 8. Et nobilissimo puero in subscriptione *L. ult. C. de priv. cor. qui in sacro pal. mil. lib.* 12. *tit.* 29. legit Cujac. *ibid.*

13) Et Bart. *ad d. L.* 6. *h. t.* Sebast. Medic. *de Cas. fort. P.* 2. *Q.* 6. *n.* 51. Rob. 3. *Sent.* 25. quia eadem, ait, ratio visum in judice exigit. Multa enim cæcus probe exequi nequit, multum momenti habet inspectio vultus, et Bus. *ad L.* 12. *h. t. n.* 6. Sed nostro consentit Duar. 1. *Disp.* 28. *et de Judic. Cap. de iis qui iud. dari. poss. f.* 156. quia etsi non possit album a nigro separare, æquum tamen ab iniquo secernere potest, et Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 22. A. Fab. *ad d. L.* 1. §. 5. *de post.* Diss. e diametro P. Greg. 47. *Synt.* 10. *n.* 20. sentiens cæcum nunquam per se actu judicare posse, cum multa oculis sint subjicienda fidelibus, ut si de finibus regendis agatur, de comparatione literarum, aliisve quæ auribus non percipiuntur. Sed ad *d. L.* 6. nihil respondet. His vero et similibus casibus cæcum officio judicis fungi non posse, alias non arceri, M. Steph. 1. *de Jurisdict.* 17. *n.* 24. Cæcum commissarium fieri non posse, statuit Rulant. *de Commiss. Lib.* 1. *C.* 20. *n.* 4.

14) Ne aspicerent ipsos dicentes, sed quæ dicerentur observarent, ut ex Luciano *in Hermotimo* Joach. Steph. 2. *de Jurisdict.* 8. *n.* 9. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 11. *in fin.* add. Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. *pag. mihi* 118. De religiosissimo Areopagitarum judicio, pluribus Jo. Steph. *d. C.* 8. Wilh. Possard. *de Magistr. Athen. Cap.* 4. Etsi Pollet. *Lib.* 2. *Hist. fori C.* 153. *p.* 289. tristem et rigidum Areopagum plusquam Stoicum magis fungos aut saxa in subselliis suis habere videri, quam homines scribat.

vum penitus prohiberi, idque multis comprobari exemplis. Sed differentia est latissima inter magistratum et judicem: ut ille ipse §. in hac ipsa re demonstrat: nam cæcum judicis officio recte fungi, simpliciter et absque hæsitatione ulla scribit eo loco Ulpianus. At de magistratu, deliberabimus, inquit, eamque distinctionem illam adhibet, quam modo dixi. Et ratio differentiæ illa est, et aperta, et magna, quod in magistratibus [15] dignitas quædam requiritur etiam corporis, et externorum ornamentorum splendor, multaque ab iis administrari debent, quæ sine usu oculorum nequeunt. *L. 6. D. de minorib. L. rescripto, D, de munerib. et honorib.* Nihil tale in judicibus datis, hominibus præsertim privatis, et privata disceptantibus. Denique de judice quin cæcus eo munere fungi possit, nulla lex, nulla veterum exempla prohibent: De magistratu in eam rem et exempla sunt teste Ulpiano, in *d. L.* 1. §. *secundo loco*, et D. Augusti olim constitutio teste Dione. Secundum est ex *L.* 1. et toto titulo *C. de senten. ex peric. recitand.* cautum enim ibi est, judicem debere sententias ex scripto proferre, quod certe cæcus facere non potest. Respondeo siquidem maneret ille mos veterum judiciorum: de quo Sigonius in *libris de judiciis*, quo more judicem sententiam ferre solitum, sed prætorem eam pronunciasse traditur, expedita res esset. Sed hodie certe contra est in eo jure, quod in libris nostris extat: nam de qua re judex judicavit, de ea quoque pronunciare, et sententiam ipse proferre cogitur. *L. de qua re*, 74. *D. de judic.* Dici tamen potest, si cæcus confessorem habeat, per eum pronunciari sententiam posse. Si etiam magistratus vel judex ex illis illustrioribus sit aliquis, ei remitti recitandæ sententiæ necessitatem, et officio ejus delegari posse. *L. 3. C. d. tit.* Sed et in caussis brevibus atque humilibus, quales fere a judicibus istis datis, ac pedaneis dijudicantur, generaliter ea observatio repudiata est Justiniani Novellis. *ibidem Auth. nisi.* Tertium nobis objicitur de surdo, et muto, quos judices dari non posse, supra demonstravimus. Sed facilis responsio est, quia oculis non judicatur, aut caussa cognoscitur: Sed lingua certe et auribus in primis opus est ad recte judicandum. Quartum et postremum, quod objici potest, illud est, quod de testibus interrogandis scriptum est in *L.* 3. §. *ideoque*, et §. *idem Divus*, *D. de testib.* Et fatendum est incommodi aliquid ob eam rem in cæcitate esse, omninoque præstare integros, ac visu præditos ad judicandum adhibere. Sed non ex eo tamen dicendum est judicare cæcum non recte posse: præsertim cum testium examinatio delegari aliis, et possit et soleat, ut assessoribus quibus etiam omnia committi possunt, excepta litis contestatione, et sententia definitiva. *Auth. ad hæc, C. de judic.* Ut nunc taceam, multos esse casus, in quibus etiam sine scripto proferri sententia potest, quos enumerat glossa in *Cap. final. extra de senten. et re judic.* in verbo, *illustrium, Lib.* 6. Atque hæc de iis, qui quo minus judices esse, aut dari possint, natura prohibentur.

XI. Sunt alii, qui legibus aut [16] moribus itidem propter conditionem personæ prohibeantur, veluti [17] fœminæ et servi, item ii, quibus foro interdictum est, quique senatu [18] moti sunt. *L.* 12. *cum prætor*, §. 2, *D.*

15) Ita et Hennequin. *in not. ad Accurs. L.* 1. *de potul.* Tametsi Rob. 3. *Sent.* 23. splendorem ibi non significare corporis habitum, sed referri ad facultates et fortunas, ut se suosque exhibere possit, sicuti Horat. *Epistol.*

Jamdudum splendet focus et tibi munda supellex.

A. Fab. *ad d. L.* 1. §. 5. *tot.* v. *nunquid ergo d.* §. 5. Triboniano adscribit, solenti, sed insolenti audacia.

16) P. Fab. *ad L.* 2. *de Ref.* interpretatur jure gentium. Sed de jure non scripto accipit Govean. 1. *Var. Lect.* 6. *n.* 1.

17) Quia indecorum, mulieres caussas virorum cognoscere, et contra ordinem naturalem, quo viris subsunt. Inverecundum eas se consertiis virilibus immiscere. Periculosum item ob infirmitatem judicii ac inconstantiam, cum affectibus nimis indulgeant. Judicem vero expertem et constantem esse decet, a quo et avaritia, qua male audiunt fœminæ, abesse debet. Hæc fuse P. Greg. 47. *Synt.* 11. add. P. Fab. *ad L.* 2. *de R. I. et* 3. *Semestr.* 14. Suarzenthal. *ad L. nemo* 13. *Cod. de sent. et interl. n.* 35. *et seqq.* Explosa enim a Romanis Platonis sententia 7. *de Rep. cir. fin.* fœminas pariter cum viris ad gubernacula reipublicæ admittentis. Contrariis tamen moribus alicubi judicant *Cap. dilecti extra de arb.* sicuti et abbatissa monialibus suis et clericis subjectis jus dicit, ac contumaces coercet *Cap. dilecta* 10. *de maior. et obed.* cum consuetudo consuetudinem tollat, uti lex legem, Decian. 4. *Tr. crim.* 27. *n.* 2. Ac licet ubi jurisdictio plane hereditaria per consiliarios et curias judicare eas velit, Wes. *ad tit. Cod. Qui pro sua n.* 11. alii tamen posse fœminam jurisdictionem ordinariam per se ipsam exercere. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 1. *n.* 26. Et fuerunt gentes apud quas de summa reipublicæ consultæ ac judiciis præfuerunt. Muret. *ad L.* 1. *de LL.* Nec desunt exempla fœminarum, quæ regia sceptra tenuerunt, uti nostra ætate. Elizabetha Angliam diuturno et felici imperio rexit. Cujusmodi plura omis fere ævi petere licet ex Tiraq. *de Jure primigen. Q.* 10. P. Greg. 7. *de Rep.* 11. Vinc. Gabot. 1. *Disput.* 15. Danæ. 6. *Polit.* 3. *p.* 396. *et seq.* qui nec divinis, nec naturæ legibus id adversari contendunt, obnitente tamen, nec temere Bodino 6. *de Rep.* 5. *n.* 738. add. Auctor *Vindiciar. secund. libert. Gall.* Plane nihil quoque interesse, censet Ariost. 2. *Polit.* 9. fœminæ ipsæ ad gubernacula sedeant, an viri qui sedent, ex earum nutu pendeant, affectusque sibi dari et leges imponi sinant.

18) *L.* 2. *de Senatu*, ubi Baro. Nisi restitutus sit, vel tempus condemnationis elapsum *Leg.* 3. §. 1. *de decur.* Et nisi sive ignominia motus, veluti si minuendus numerus senatorum, P. Greg. 47. *Synt.* 10. *n.* 3. Quid si infamis ex alia caussa? Idem statuit Frecher. 3. *de Infam.* 28. *n.* 6. *et* 7. quia, ait, judicina honor est *L. ult. Cod. Quan. prov. non nec C. ut debitus de appell.* Ergo per *L.* 2. *C. de dign. C. infamia. de R. I. in* 6. Quin si judicandi munere obtento dejiciuntur *L.* 12. *C. de dignit. C. insinuante* 25. *de off. Deleg* ma-

D. de pen. De senatu motis lege Julia repetundarum primo sancitum fuit. Nam antea quidem judices eos legi potuisse, certum est: cum animadversio illa censoria nullam rei judicatæ authoritatem haberet, ac propterea non ignominiam damnato, sed ruborem tantum afferret, ut Cicero alicubi loquitur: Immo nec aditum quidem, ad honores etiam summos, [19] præcluderet, ipsamque adeo, a qua notati erant, censoriam potestatem, ut de C. Geta et aliis legimus. Hactenus nobis expositum est de iis, qui ob conditionem personæ judices esse prohibentur in totum.

XII. Alii sunt, qui privatis quibusdam de caussis in eam causam, qua de agitur, aut in id tempus quo agitur, incidentibus rejiciuntur, alioqui extra eas caussas, aut id tempus idonei judicis futuri. Tales in primis habentur, quos suspectos appellamus, item qui non sunt ex albo vel ordine judicum, si quis forte talis ordo in Republica sit constitutus, ut apud Romanos olim, ut hodie multis in locis.

XIII. Hujusmodi judicum ordinem duplicem animadvertere licet. Prior est allectorum, id est, destinatorum, quibus magistratus propter occupationes consueverunt causas delegare, institutus ab Imperatore Zenone in urbe Constantinopoli, renovatus deinde a Justiniano *Novel. de judicib.* 82. §. 1. et §. *seq.* Tales existimare possumus fuisse olim [20] centumviros, qui privatas lites disceptabant, in quatuor consilia divisi, quibus omnibus prætor præsidebat: ut pluribus expositum est a Budæo in *Annotationibus in Pandectas ad L. ult. de senatorib.* Eodemque pertinebant illæ [21] decuriæ judicum, quarum est apud Ciceronem, et alios crebra mentio. Alter ordo

gis adipisci vetantur. Objiciendam autem hic volunt, exceptionem infamiæ; alias sententiam subsistere, Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 1. *n.* 23. Freher. *d. C.* 28. *n.* 10. Quod si Princeps cum ex certa sententia dederit: non arceri, Zang. *d. lo.* Freher. *d. C.* 28. *n.* 9. Sed an ipse se excusare poterit? Quidam negant: ne turpitudo propria prosit. Alii affirmant; arg. *L.* 2. *Cod. si serv. aut Lib. de decur.* Alii inter judicem ordinarium, cujus jurisdictio dignitatem habet, et delegatum, cujus munus onus est, distinguunt. Et recte: licet non probet Zang. *d. C.* 1. *n.* 25. Arcentur idem Judæus *L. ult. in fi. pr. C. de Iudæ. C. cum sit* 16. *C. eod.* Monach. *Process. P.* 2. *C.* 21. *in fi.* Wes. *ad tit. Cod. qui pro sua n.* 9. Hæreticus arg. *L. pen. Cod. de hæret.* Wes. *d. lo.* Excommunicatus, cujus sententia ipso jure nulla *C. ad probandum* 10. *de re jud.* etsi alias esset ordinarius, Padilla *in L.* 1. *C. de iur. et fact. ig. n.* 52. adeo ut idem statuant, quodcunque hoc constiterit, etsi toto tempore judicii pro tali non habitus, Freher. 3. *de infam.* 10. Quod durum videtur, et forte reprobandum, argum. *L.* 3. *de off. præt.* Accenset his P. Greg. 47. *Synt.* 10. *n.* 4. viles negociatores, aliosque, qui conditionis suæ humilitate, a dignitatibus arcentur. Sed vix puto judicis dati munus dignitati adscribendum esse. Plane juste idem *d. C.* 10. *n.* 8. insectatur eos, qui sordido lucro assueti mercantur officia, ex quibus iterum negocientur.

19) Cic. *pro Cluentio pag. mihi* 377. *et seq.* Quin C. Geta Senatu motus, Censor deinde ipse effectus. De sanctissima vero hac potestate, magistra pudoris et modestiæ, ut vocat Cicer. *in Pisonem* severissimoque morum magisterio, quod illi ipsi, qui eo fungebantur extimescebant, de quo cum exularet jam e Republica nihil aut parum Tribonianus nobis reliquit, ut inquit Cujac. 24. *Obs.* 7. consultat cui lubet Trebell. Pollion. *in Valeriano*, ubi verbis Decii Imperatoris amplissima hæc potestas descripta, Ascon. *in Divinitat.* Lips. *de Magistr. vet. Rom. Cap.* 18. *et Tr. sing. de censura et censu.* Zamosc. *Lib.* 1. *de Senatu p.* 12. *et seqq. et pag.* 91. *et seqq.* Scip. Amirat. *Disser. polit. Lib.* 11. *Discursu* 2. Bodin. 3. *de Rep.* 3. *et* 6. *de Rep.* 1. P. Greg. 4. de Rep. 12. *et* 47. *Synt.* 16. Rev. 4. *Var.* 13. Cujac. *ad L.* 111. *de V.* S. Auctor. *Catalex de O. I.* falso adscriptæ Emerico Rosbach. *Lib.* 2. *Excurs.* 4.

20) Rev. *Protrib. Cap.* 20. Quatuor consiliis a decenviris hos conscribi solitos fuisse, et medium inter quatuor horum judicum consilia sedisse Prætorem. Pollet. *Lib.* 1. *Hist. fori Cap.* 7. in quatuor consilia et consessus distributos fuisse, quibus totidem hastæ erectæ, et *Lib.* 3. *Cap.* 14. *p.* 392. Apud hos sub tecto concertabatur in Basilica, cum alia privata judicia agitarentur in foro subdiali area, Pollet. 1. *Hist. fori* 2. Et quamvis olim 105. essent, ex singulis 35. tribubus terni lecti, expeditioris tamen appellationis gratia sic vocati, Fest. *Lib.* 2. Ac etsi numerus deinde auctus. Nam 180. fuisse post Augusti tempora arguitur ex Plin. *Lib.* 6. *Epist.* nomen tamen idem mansit. Pollet. *d. Cap.* 14. ibique Broidæ. *in Coroll.* Sibrand. Siccama *de Centumv. iudic. Lib.* 1. *Cap.* 8. Knich. *de sublimi territ. Iure C.* 4. *n.* 134. Ineptit autem Accurs. qui *in L. pen. C. de pet. her.* Centumviros exponit Senatores, notatus a Zas. *in L.* 2. §. *deinde* 29. *de O. I. n.* 5. Coras. *ad Rub. D. de Senator. n.* 12. *et seqq.* Ad hos vero quondam ventum fuisse probabile videtur, quoties judicio privato non de facto, sed de jure, et æquitate certabatur. Neque enim certas tantum caussas disceptasse eos reor, nedum hereditarias solas, ut vult Vitell. *Annot. in Meralam Cap.* 21. sed generaliter ubi jus dubium, cum judices alii vel recuperatores dari non potuerunt, vid. *supra C.* 21. *N.* 5. Nam Cic. 1. *de Orat. p. m.* 178. insigniores quasdam caussas recenset, tanquam in quibus sæpius jus ambiguum: Subjicitque ista, *cæterarumque rerum innumerabilium.* Verba ejus hæc: *judicia privata magnarum rerum obire, in quibus, sæpe non de facto, sed de æquitate et jure certetur, jactare se in caussis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum, aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium jura versentur. etc.* Sicuti et Pollet 3. *Histor. fori* 13. ex hoc loco Ciceronis juris privati universam cognitionem penes Centumviros fuisse probat. Quamvis etenim Centumviralia judicia publica statuere videatur Baro *Lib. Var. QQ. de Jurisdict. f.* 19. (notatus eo nomine a Govean. *Lib.* 1. *de Jurisdict. n.* 25.) Et Ræv. *Protrib. C.* 20. *p.* 937. si formam eorum attendas, magis ad publicorum quam privatorum judiciorum forma inclinasse intelligi scribat. Quamvis item Siccama *Lib.* 1. *de Centum v. iudic. C.* 7. nec publici nec privati judicii formam habuisse doceat; Eademque a privatis æque ac publicis secernat Cujac. 10. *Obs.* 20. Verius tamen puto hæc judicia vere privata fuisse cum Don. hic, Govean. *d. n.* 25. Pollet *d. C.* 13. Sigon. *Lib.* 1. *de Antiq. jure civ. Cap.* 18. Nam locos quos Ræv. adducit ex Quintil. *Lib.* 5. *Cap.* 10. et Plin. *Lib.* 6. *Epist.* quibus a privatis judiciis separantur, commode exponit Droidæ. *in Coroll. ad Poll. d. C.* 13. *n.* 6. Ut privatum judicium ibi non opponatur publico et capitali: sed domesticum aut familiare arbitri vel amicabilis compositoris significet. De his judiciis pluribus Cujac. 10. *Obs.* 20. Zas. et Muret. *ad L.* 2. §. *deinde* 29. *de O. I.* Cornel. Vitell. *Annot. in Georg. Merulam. Cap.* 21. *in Parte* 1. *Thesauri Critici Iani Gruteri*, P. Gregor. 4. *de Rep.* 5. *n.* 10. *et* 47. *Sint.* 24. Pollet. 1. *Histor. fori* 7. *Lib.* 2. *Cap.* 6. *et Lib.* 3. *C.* 13. *et seqq.* Ræv. *Protrib. Cap.* 16. *et seqq.* Joach. Steph. 3. *de Iurisdict.* 4. et ex professo Sibrand. Telard. Siccama *Lib. de Centumvir. judic.*

21) Olim duæ decuriæ, cum tot essent judicantium ordines, ac judicia patriciis et equitibus adjudicata. Cic. *Verrina p.* 139. Hic alteram decuriam senatoriam judex obtinebit. Tertiam adjecit Antonius Consul post cædem Cæsaris, in quem acerbe invehit Cic. *Philip.* 5. *p.* 872. *et Philip.* 10. Idem *Philip. in pr. p.* 826. *Quid de ea lege, quæ promulgata est de tertia decuria iudicum*, etc. Postea Augustus quartam addixit ex inferiori censu, quæ ducenariorum, (id est qui 200. sestertia in censu haberent sive 5000. coronatos dimidium census equestris, Budæ. *Lib.* 3. *de Ass.* Cujac. 21. *Obs.* 31. *in fin.*) vocaretur, judicaretque de levioribus summis. Suet. *in Aug. C.* 32. Quintam deinde addidit Caligula, Suet. *in Calig. C.* 16. Sextam demum addici a Galba precati judices, sed nequicquam; idem in *Galba. C.* 14. Pollet. 3. *Hist. fori* 9. Corn. Vitell. *Annot. Merulam. C.* 21. Decuria vero dicta classis judicum, non quæ decem solum caperet, sed decies centenos, Plin. *Lib.* 33. judicum quoque, ait, non nisi quatuor decuriæ fuere primo, vixque millia singula in decuriis inventa sunt, nondum provinciis ad hoc munus admissis. Unde arguitur ætate Plinii plus quam millenos singulas continuisse. Ac album decuriarum (matriculam hodie usurpamus) in quo descripta erant per classes nomina judicantium, Poll. 3. *fori* 8. asservabatur in ærario, quod in æde Saturni erat, idem *d. Lib.* 3. *Cap.* 11. Cic. *Phil.* 5. *p.* 872. *Hos judices legisset, horum nomina ad ærarium detulisset.* Cæterum non omnes decuriæ in continuo judicandi officio erant. Nam et Augustus concessit, ut singulis per vices annua

do iudicum est, qui non ex numero ut superior, sed ex certo ordine civitatis constat: ut olim Romæ [22] senatorio, vel equestri, vel aliquando misti ex utroque. Nec ullam rem in Republica Romana magis fuisse iactatam arbitror, quam hæc allectio, atque descriptio iudicum, de qua loquimur. Argumento sunt tot leges iudiciariæ, et eæ quidem sæpe contrariæ, seque mutuo evertentes, ut Sempronia, Servilia, Livia, Plautia, Cornelia, Aurelia, Julia, denique Antonia a Marco Antonio lata, quam mire exagitat in 2. *Philip.* Cicero. Nobis nihil necesse est, de hac re pluribus exponere: tum quia sunt illa omnia multorum, et doctissimorum hominum literis illustrata, tum quia ad instituti, et operis hujus rationem parum ea cognitio, aut potius nihil pertinet. De suspectis judicibus paulo accuratius nobis dicendum est.

XIV. Suspectus is dicitur, qui timetur ne aliter judicet, quam debet, aut legibus præscriptum est. Quod quidem vel imperitia accidere potest, vel animi corrupti vitio, quod proprie huc pertinet. Nam ut eleganter idem Cicero scribit, *quod est jus civile, quod neque inflecti gratia, neque infringi potentia, neque adulterari pecunia possit? Quod si non modo oppressum, sed etiam desertum, aut negligentius asservatum erit, nihil est, quod quisquam se habere certum, aut a patre accepturum, aut liberis relicturum arbitretur.* Jure itaque et merito receptum est [23] ut suspectos judices rejicere, et recusare liceat: idque ad judices omnes pertinet. *L. apertissimi*, *C. de judic.* *C. requiris*, 2.

vocatio esset, Suet *in Aug. C.* 32. Ex omnibus vero decuriis, adempta, ea, cui vocatio judicandi tunc erat, cum lis judicanda obveniret, factique potissimum controversia dirimenda, certus numerus adsumebatur, eorum nomina tabellis inscripta in urnam conjiciebantur: idemque Prætor judices fortiebatur. Hique ita sortiti, si rejecti non essent, ubi alia subsortitio fiebat, judicabant, vid. Tiraq. *de Iure primig. Q.* 17. *Opin.* 1. *n.* 54. *et seqq.* P. Greg. 47. *Synt.* 43. *n.* 6. *et seq.* Petr. Nonn. 9. *Misc.* 7. Phil. Broidæ. *in Supplem. ad Hist. fori Lib.* 5. *C.* 7. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. Jure Civ. C.* 18. *p.* 254. *et seq.* Quanquam vero sortitionis hujus præcipuus, et fortassis solus usus in judiciis publicis, uti ex dictis auctoribus liquet; in privatis tamen quoque litibus judices non ex promiscua plebe temere, sed ex iisdem judicum decuriis sumptos, satis compertum est, frustra de hoc dubitante Broidæo *d. Lib.* 5. *C.* 6. *p.* 445. et in effectu negante Poll. 3. *Hist. fori* 8. *et seqq.* Quos locus Senecæ 3. *de Benef.* 7. *in fi.* satis revincit. Quin et Sueton. *in Aug. C.* 32. diserte, quartam decuriam judicasse de levioribus summis. Et manipulares judices vocat Cic. *Phil.* 1. *p.* 827. ex Antonii sententia in tertiam decuriam ab eodem electos, in qua iudicent, qui libere judicare non audeant. Ac recuperatorum decurias vocat idem *Verr.* 3. *p.* 170. Sed nec ex iisdem decuriis Prætor omnino dabat, quos volebat, sed ut verba sunt Cic. *pro Cluentio p. m.* 376. *Neminem voluerunt majores nostri, non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima judicem esse, nisi qui inter adversarios convenisset.* Hinc dicitur judex ex consensu datus *L.* 25. *princ. de appell.* ex conventione addictus *L.* 80. *de Judic.* Et facit *L.* 47. *hoc. tit.* Nam si nominatus ab actore reo non displiceret, dicebatur judex inter eos convenire, Valer. *Lib.* 2. *Cap.* 3. illumque Prætor addicebat, Rævard. *Protrib. Cap.* 11. Broidæ. *in Supplem. Histor. fori.* Pollet *Lib.* 5. *Cap.* 5. *p.* 443. Muret. *in tit. ad materiam jurisdict. pert. p.* 157. *et seq.* Et Judicis addicti mentio *d. L.* 80. *et L.* 39. *L.* 46. *hoc tit. L.* 59. *§. ult. ad Treb. L.* 4. *in fin. de eo quod cer. loc.* pro quo male *aditus* reponit in *d. L.* 4. Curt. 2. *Coniect. ad Fr.* 9. Ex decuria itaque et albo judicum litigatores eligebant, vel sumebant. Cicer. *pro Quintio*, *Fecit te iudicem C. Aquili, sumpsit.* De reo non de prætore loquitur. Cumque alteruter nominatim aliquem peteret judicem, dicebat, adversariumque solemni formula rogabat: *Si alium procas, nive eum procas*, Fest. *Lib.* 14. Hic si rejiceret ejerabat, vid. *C. seq. N.* 10. Sin contentus eo esset, condiciebat. Inde Prætor addicebat in litis verba jure compositio, judicioque constituto.

22) In ordinem Centum virorum primum temere ex tribus, ut oblati forte per sortem essent, cooptatos; Decurias vero ex certis ordinibus et collegiis patritiorum aut equitum, aut confusis his cum illis constitisse, scribit Pollet. 3. *Hist. fori* 14. *p.* 291. Enim vero plures fuerunt leges judiciariæ, nimiumque in hac re pro varietate temporum variatum fuit. Et primo quidem, judicia nascente Roma patritiis a Quirino tributa, Halic. *Lib.* 1. in potestate Senatorum tota fuerunt, Polyb. *Lib.* 6. Exque iis, qui morum integritate et severitate præstarent, deligebantur, usque ad tempora Caii Gracchi. Qui tum quod patribus infensus esset, tum ut equites sibi devinciret, lata Lege Sempronia effecit, ut equestri ordini judicia traderentur. Indeque ut ex Varrone Non. refert, bicipitem civitatem fecit discordiarum civilium fontem. Gloriatusque est se penitus nervos Senatori ordinis incidisse, ut App. ref. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. Jur. civ. C.* 17. *p.* 137. Nam quod Plut. *in Gracch.* legem a Graccho latam prodidit ut 300. equites simul cum 300. equites simul cum 300. senatoribus judicarent, ex Vellejo Paterc. Cic. Floro Ascon. et Tacito erroris arguitur a Manut. *Lib.* 6. *de Legibus.* Etsi vero postea Lex Servilia, auctore Q. Servilio Cæpione Cons. de communicandis inter patritios et equites judiciis lata: ea tamen vel non accepta, vel certe longæva non fuit. Nam caussam Norbani paulo post latam legem, apud equites solos actam docet Crassus apud Cic. 2. *de Orat. Et animos*, ait, *equitum Romanorum, apud quos tunc caussa agebatur ad Q. Cæpionis odium, a quo erant ipsi propter iudicia abalienati, revocabam.* Et idem Cic. *Act.* 1. *in Verrem pag.* 81. equestrem ordinem judicasse annos prope 50. continuos, a tempore scilicet Gracchi usque ad Syllanam Legem. Tulit sane et M. Livius Drusius trib. pl. legem, ut æqua parte judicia penes Senatum et equestrem ordinem essent, ut Flor. *in Epist. Liv. Lib.* Sed et hæc parum duravit, Liviis legibus omnibus, tanquam contra auspicia latis, eodem anno suo Senatus consulto sublatis, Cic. 2. *de LL. p. m.* 443. Postea M. Plautius Silvanus Legem Plotiam tulit, ut singulæ tribus e corpore suo 15. qui per annum iudicarent, legerent, teste Ascon. *in Orat. pro Cornel. pag. mihi* 61. Ex quo factum, ut et senatores in eo numero essent, et quidam etiam ex ipsa plebe. Septennio post L. Sylla dictator Lege Syllana Senatores in possessionem judiciorum integram restituit. Verum exacto decennio, Ascon. 2. *in Ver. pag. mihi* 22. L. Aurelius Cotta Prætor legem tulit ut Senatores, Equites, et Tribuni ærarii (hi autem ex plebe erant) judicarent, Ascon. *in Divinat. Cic. pag. mihi* 3. *et in Corneliana n.* 55. *et in Pisoniana sub fin.* Sicque Marco Scauro reo postulato sententias tulerunt Senatores 22. equites 23. tribuni ærarii 25. Ascon. *in Orat. pro Scauro sub fin.* Inde Lex Pompeja, in 11. Consulatu Gn. Pompeii promulgata, ut amplissimo ex censu ex Centuriis (quæ inferiorum dicebantur, uti decuriæ honestorum, Ascon. *in* 3. *Ver. sub. fin.*) aliter quam ante lecti judices, æque tamen ex tribus ordinibus judicarent, Ascon. *in Pisonian. Cic. sub. fin.* Indeque effectum, tradit Dion. *Lib.* 40. *p.* 144. ut judicia accuratius quam antea haberentur. Censum eum fuisse putat. Cujac. 10. *Obs.* 21. Senatorum, qui duplo major censu equestri, Sueton. *in Aug. Cap.* 41. aut plusquam Senatorium, unde forte Nongentorum appellatio apud Plinium *Lib.* 3. Divisus hic ordo, inquit, erat superba appellatione nominum, cum alius se nongentum; alius selectum, alius tribunum appellaret. De hoc Pliu. *in procem. Lib.* 14. *Posteris laxitas mundi et rerum amplitudo damno fuit, postquam Senator censu legi cœptus, iudex fieri censu.* Seneca 3. *de Benef.* 7. *Non potest ad hæc sumi iudex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit.* Denique Cæsar dictator judicia ad duo genera judicum redegit; Equestris ordinis, et Senatori; Tribunos ærarii, quod erat tertium, sustulit, Sueton. *in Julio C.* 41. Inde tunc duæ decuriæ judicum, quibus deinde tertia, quarta, quinta adjectæ, ut *supra N. præced.* Plane Cujac. 10. *Obs.* 31. leges, quæ omnem judiciosum potestatem ad equestrem ordinem transtulerunt, ad extremum obtinuisse, scribit. Sed ei sine auctore temere fidem habendam non puto; Quin diversum mihi arguit locus Ulp. *Fragm. tit.* 1. §. 13. et alia. Ex certo itaque civium genere, et vel uno, vel duobus, vel tribus etiam ordinibus, Prætor in annum eum, quo præerat, decurias conscribebat, delectu, et notatione habita, Cic. *Philip.* 5. et optimum quemque in selectos judices referebat, ut Cic. *pro Cluentio.* Qui et inde selecti vocati, Senec. 3. *de Benef.* 7. Ovid. 1 *Amor. et* 2. *Trist* Horat. 1 *Sat.* 4. Ræv. *Prohib. Cap.* 11. Non vero ab electione et conventione partium, ut Muret. *de jurisdict. p.* 138. Hot. *in L.* 16. *Cod. de iudic.* quia imo sic nuncupati, antequam litigantibus addicerentur. De his fusius, Manut. *Lib. de LL.* Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. Jure civ. C.* 18. Pollet. 3. *Hist. fori* 8. *et seqq.*

23) *Cap. quod suspecti ult. Cap.* 3. *Quæst.* 5. Res certe periculosa sub inimico et suspecto litigare, ut et exemplo Socratis apparet,

2. in fin. *extra* de adpellationib. *Quare neminem* (inquit idem in Cluentiana) *voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam*, *sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem*, *nisi qui inter adversarios convenisset.*

XV. Cæterum quoniam pudor in ea re judicis recusati, et nota quædam versatur, constitutum est, ut non quavis levi de causa, vel libidine potius litigatorum ea rejectio fiat. Ac justas quidem et summas suspicionis caussas quatuor in jure nostro receptas esse animadverto. De quibus *seq. cap.* explicabo.

CAP.

injuste ab inimicis capitalibus condemnati, Maynard. 1. *Decis.* 87. *n.* 3. Covar. *pract. QQ. Cap.* 26. *pr.* Knich. *de Sax. non provoc. iure v. Lit. provoc. nesc. Cap.* 2. *n.* 3. *et seqq.* Unde hæc materia favorabilis statuitur *Decis. noviss. Rotæ* 93. *P.* 1. An recusatio statim atque objecta est, effectum suspensivum habeat, et num si post ea judex processit, acta ab eo nulla sint; an vero appellatio hic necessaria, vid. Myns. 4. *Obs.* 59. Barth. Bertazol. *Lib.* 1. *Decis. civil. Cons.* 67. *n.* 20. *et seqq.* Knich. *d. Cap.* 2. *n.* 36. *et seqq.* Paurmeist. 1. *de iurisdict. ultim. n.* 47.

CAP. XXV.

De causis suspicionis propter quas judex rejici potest.

Juste suspicionis caussæ quot sunt, et quæ. I.
Filium patri, aut patrem filio dari judicem non posse, invito adversario. II.
Obviam itur contrariis, et exponitur L. in privatis 77. D. de judic. III.
Ratio interpretationis; et propositæ definitionis latius explicata. IV.
Judicem recusare nemini licet, nisi scripto comprehensa, et probata suspicionis caussa. V.
Suspicionis probationem remitti a Justiniano in L. apertissimi 16. C. de jud. VI.
Sed tamen Justinianea constitutio minime usu recepta. Et quid ita. VII.
Suspicionis caussæ in recusatione seu dati judicis, sive magistratus necessariæ; et quo tempore allegandæ. VIII.

I. Justæ caussæ suspicionis sunt [1] hæ fere: si agatur de re judicis: si is inimicus, aut infensus nobis: si amicus adversario, si ab adversario ultro petitus sit. De re et causa judicis illius constitutum est. Ne quis in [2] sua causa judicet, vel jus sibi dicat. *L. unic. C. ne qui in sua causa jud. L. Julianus*, 17. *D. de judic.* Quæ res et causa propria cujusque sit, traditur [3] in *L.* 1. §. *in propria*, *D. quand. appell. sit*, et a me est expositum pluribus in quæstione testium. Et hanc justam causam afferri, quare ad aliquem judicem quis mitti non debeat, si eum judicem [4] inimicum sibi esse affirmet, scriptum est in *L. si pariter*, 9. *D. de lib. caus.* item in *C. secundo requiris* in fin. *extra de ap.* Etiam illud cautum est, *ne is judex detur, quem altera pars nominatim petit. Id enim iniqui exempli esse, nisi hoc* [5] *specialiter a principe ad verecundiam petiti judicis respiciente permittantur.* Sic enim verba sunt, *L. observandum*, *D. de judic.* ut appareat, si quem judicem pars altera nominatim petierit, justam esse hanc ejus rejiciendi causam. Et merito. Nam cum innumeri esse soleant in quavis præfectura, qui judicis munus recte et fideliter obire possint: non temere est, quod hunc potius, quam cæteros, sibi quis in judicem addici postulat. Non minus justa causa est metuendi iudicis, si sit [6] amicus adversario. Quanquam de eo nihil aperte traditum legimus. Sed si ob

1) Quadraginta refert Maranta *Specul. aur. P.* 6. v. *et quandoque appell. a num.* 27. *usque ad num.* 73. Quinquaginta Lancellot. Ref. Vult. *ad L.* 4. *Cod. de iurisdict. n.* 36. et Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 4. *n.* 10. De quibus et Wes. *ad L.* 16. *C. h. t. n.* 9. P. Rebuff. *Tr. de Recusat. Art.* 9. *Gl. un.* Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 78. *et seqq.* Menoch. *Pract. iudic. p.* 2. *Cap.* 3. *Principalis Cap.* 4. qui, quæ justa sit, arbitrii judicis facit, uti Menoch. *Arb. Cas.* 152.

2) Vid. *supra C.* 2. *N.* 2. Plane si principaliter sibi jus dicat, nec si adversarius non opponat, aut recuset judicem, procedere judicium; secus vero si per indirectum, ac ut loquuntur, per latus alterius, scribit Wes. *ad tit. C. Ne quis in sua Cap. n.* 21. veluti si pro reo in ea caussa fideiussit, Ant. Ering. *de Fideiuss. C.* 29. *d.* 9. *et seqq.* Huic affinis caussa est, si judex similem litem foveat *C. caussam quæ* 18. *de iudic.* quia non creditur aliter judicaturus, quam vellet in caussa sua Zang. *d. C.* 4. *n.* 10. Marant *d. lo. n.* 46. P. Greg. 49. *Synt.* 13. *n.* 4. ut tamen in specie conveniat, nec sufficit similitudo in genere, Monach. *ad d. C.* 18. *n.* 8.

3) Hic Bart. *ad L.* 5. *D. hoc tit. n.* 1. judicis cognitionem non esse, an sit competens, si inde ille commodum ob decimas vel sportulas. Alias vero ipse de eo cognoscit, Wurmser. *Lib.* 1. *Tit. Obs.* 1. *n.* 5. Anton. Corset. *Singul.* 149. *n.* 2. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 41. *ubi n.* 4. ex consuetudine posse, etsi ex eo commodum aliquod veniat.

4) *C. cum R.* 34. *de off. deleg.* Mynard. 1. *Decis.* 92. etsi non capitalis, Wes. *ad L.* 16. *C. h. t. n.* 9. ac etsi culpa recusantis, Rebuff. *de recusat. Artic.* 9. *Gl.* 1. *n.* 11. *et seqq.* Quid si reconciliatus? Aliud statuit Rulant. *de commiss. P.* 1. *Lib. Cap. ult. n.* 13. et ne diffidentiæ materia oriatur, et lis recrudescat, et quod sibi imputare debeat, qui reconciliavit cui fidere non audet, diss. Zas. *in L.* 16. *C. h. t. n.* 12.

5) Alias, delegatum tum principis quoque recusari posse, volunt. Ac etsi cum clausula, *recusatione remota*, ex frivolis tantum suspicionibus non licere ex gravioribus, ita Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 4. *et seqq.* Myns. 3. *Obs.* 63. Zang. *d. Cap.* 4. *n.* 5. *et* 6. Monach. *Pract. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 8. *et in Cap.* 18. *de iudic. C.* 2. *n.* 27. vel saltem alius ei adjungendus, Wes. *ad d. L.* 16. *n.* 17. Quin sunt, qui, recusationem hanc nec a principe tolli posse, rentur, vid. Ruland. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 2. *Cap.* 15. *n.* 1. Hipp. de Marsil. *Sig.* 292. Zas. *in L.* 16. *C. h. t. n.* 23. Rebuff. *de Recurs. in Præfat. n.* 11. *et seqq.* Sed an, appellatione remota, prohibita quoque recusatio? Verior negantium, quia hæc diversa, diversosque habent effectus ac fines, Monach. *d. Cap.* 2. *n.* 10.

6) *Sive iure cognationis Cap. accedens* 4. *Ut lit. non contest.* quod quidam usque ad 10. gradum admittunt, quousque successo porrigitur, Trentacinq. 2. *Pract. Resolut. T. de Judic. Res.* 5. *n.* 21. alii usque ad quartum gradum inclusive, ut Tolosæ servatur, Maynard. 1. *Decis.* 98. Sed in eo mores regionum sequendi, P. Gregor. 49. *Synt.* 3. *n.* 5. Nisi æquo gradu utrique conjunctus sit per *L.* 67. §. 1. *de ri. nupt.* P. Greg. *d. lo.* Duar. *ad L.* 10. *de Jurisdict.* Trentac. *d. Res.* 5. *n.* 18. Marant. *d. lo. n.* 30. Wes. *ad L.* 16. *C. h. t.*

ob hanc causam rejici potest testis, ut suspectus, *L.* 3. *D. de testib.* cur non possit et judex? Generaliter dixerim, quæcunque sunt causæ rejiciendi testis ob suspicionem, easdem intelligi debere, et [7] rejiciendi judicis: multoque etiam in judice justiores quam in teste videri, debere propterea, quod a judice periculum majus et certius emineat, quam a teste propter judicis de re controversa potestatem. Ac quibus de caussis testimonium ob suspicionem laboret, exposui suo loco diligentius.

II. Ergo quod de teste dicitur, patrem filio, aut filium patri testem idoneum non esse; quia suspectum sit utriusque pro altero testimonium propter naturalem parentum erga liberos, et liberorum erga parentes caritatem. *L. testis*, *D. de test.* multo justius de judice dixeris, neutrum alteri judicem dari posse invito adversario. Ut enim in patre semper par sit caritas erga filium, sive judex erit filio, sive testis: certe in judice major est facultas gratificandi filio, quam in teste propter potestatem. De judice privato loquor. Nam illud non dubitatur, quin is, qui jurisdictioni præest, jus non possit dicere, neque sibi, neque uxori, neque liberis suis, itemque cæteris, quos secum habet. *L. qui jurisdictioni*, *D. de jurisd.* Quanquam vel hoc ipsum argumentum est, patrem filio judicem pedaneum dari non posse. Cur enim potius vetetur magistratus in caussa filii judex esse, quam privatus: cum in omni judice eadem sit facultas, ut velit, judicandi?

III. Non negat hoc Africanus cum ita definit in *L. in privatis*, 77. *D.* de jud. *In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.* Qui enim dicit patrem habere posse filium judicem, non continuo hoc dicere intelligitur, patrem sine exceptione filium judicem habere posse. Nam si aliquando eum judicem habere potest, si aliquo modo: Satis est, ut pater eum habere posse judicem simpliciter et vere dicatur. Fatebor igitur, patrem posse habere judicem filium: quia aliquo modo habere potest. Semper et sine exceptione eum habere posse non concedam: cum id verba Africani non necessario exprimant. Quomodo igitur et quando potest pater filium judicem habere? Jam dixi, non posse invito adversario. Restat, ut habere possit: sed adversario consentiente, ut bene [8] Franciscus Duarenus id responsum ac-

n. 13. etiam spiritualis, vid. Maynard. 1. *Decis.* 89. Zas. *in L.* 16. *C. h. t. n.* 17. contra Rebuff. *de Recus. Art.* 9. *Gl. un. n.* 29. vel affinitatis *per C. absens* 18. *Cap.* 3. *Q.* 9. vid. 9. Fr. Milanens. *Decis.* 15. *Lib.* 1. sive citra eam, vide de magna amicitiæ vi Tiraq. *L.* 8. *Cod. de revoc. don.* v. *libertis n.* 96. *et seqq.* veluti ex beneficio accepto, Rebuff. *de Recus. Art. Gl.* ex communione officii, si collega adversarii, Maynard. 1. *Dec.* 82. *et* 85. aut familiari conversatione jureve hospitii, *idem* 1. *Decis.* 78. *C. insinuante* 25. *de off. Deleg.* maxime si domesticus *L.* 10. *de Jurisdict.* in verbis, *quos secum habet*, qui et *Decis.* 80. familiaritatem eam, quæ lusu foliorum, aleæve crebriori communione contracta, admitti: contra tamen faciunt quæ habet Knich. *Sax. non prov. iurev. Lit. provoc. nescium Cap.* 2. *n.* 31. *et seqq.* aut patria communi, juxta quosdam: sed hanc caussam, si sola, rejicit P. Greg. *d. C.* 3. *n.* 11. Forsan admitti tunc potest, si uterque longe a patria absit, paucosque ibi sympatriotas judex habeat, aut officio in eadem lite præstitio, ut si advocatus ante fuit *L.* 6. *pr. C. de Postul. L. ult. C. de assess.* Facit *L.* 17. *D. de iurisd.* P. Greg. *d. C.* 3. *n.* 14. Si tamen in Senatorum ordinem allectus, quædam levia circa ordinem processus mandet in caussa, quam oravit antea, nulla ea non esse, vult Georg. de Cabedo *Decis.* 20. *P.* 1. Nam idem si advocatus, vel Procurator adversarii, judici sit familiaris *C.* 1. *de Off. iud.* P. Greg. *d. C.* 3. *n.* 7. Knich. *d. lo.* Idem vero, si filius patronus caussæ iisdem ædibus cum patre commorans, Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 91.

7) Et leviores etiam caussæ facilius rejiciunt judices, quam testes, quia facilior aliorum judicum copia, quam testium, Joan. de Arnono *Singul.* 18. P. Greg. 47. *Synt.* 3. *n.* 4. Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 88. *n.* 3.

8) Quia, ait ex consensu litigantium judices addici soliti, vid. *C. præc. N.* 21. et idem ad *tit. D. de Jurisdict. C.* 6. *n.* 5. *de iudic. Cap. de iis qui iud. dari pots. f.* 155. *et ad tit. de rec. arb. f.* 140. P. Gregor. 49. *Synt.* 3. *n.* 8. quia volenti non fit injuria. Hennequin. *in not. Accurs. in Rub. D. de iurisd.* Alii inter jus dicere *d. L.* 10. et judicare *d. L.* 77. distinguunt, eo quod illius arbitrium liberum. Judex vero formulæ adstrictus ex cujus præscripto judicet, Costal. Baro et Ant. Fab. *ad d. L.* 10. A. Guib. 1. *Q.* 9. *n.* 2. Bocer. *de Jurisd. C.* 9. *n.* 8. Obrecht. *de Jurisd. C.* 12. *n.* 10. *et seq.* Joach. Steph. 3. *de Jurisd.* 5. *n.* 9. Basius *ad d. L.* 10. *n.* 2. *et* 3. Vult. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 48. (qui tamen strictius, quam cæteri *d. C.* 77. de strictis solum judiciis accipit, cum in bonæ fidei judiciis arbiter dicatur, quodque is non æque formulæ adstrictus sit) Govean. *ad L.* 1. *de iurisd. n.* 1. Qui et *ad d. L.* 10. judicare patrem posse, probat ex *L.* 5. *pr. de iniur.* quia cum Lex Cornelia de injuriis in specie hoc prohibeat, in aliis caussis licebit, arg. *L.* 18. *de testib.* Quod tamen declarat *n.* 4. nisi recusetur, ut tunc in judicio privato admittatur, non tamen in publico et criminali, ubi nec jus, nec humanitas ferat de capite, et fortunis filii ut judex sedeat pater. Jus autem dicere indistincte non posse. Rationem reddit *n.* 12. quia in potestate jus dicentis, omnes fortunæ nostræ sitæ: is judices dat quos vult, sententias exequitur, de appeltationibus cognoscit, ut periculosius sit hoc committere, quam illud. Convenit fere distinctio Bart. *in d. L.* 10. *n.* 1. Bal. *ibid. n.* 1. inter ordinarium et delegatum, alia tamen ratione, tum quia hic fungitur vice delegantis, nec aliquid proprium habet, tum quia ille recusari non potest jure civili. Hic cum possit, sibi imputet, qui passus est apud eum caussam agi, et Wes. *in tit. C. ne quis in sua Cap. iud. n.* 30. Bron. 1. *Ass.* 10. Duar. quoque *ad d. L.* 10. jus dicere simpliciter vetitum censet, quia ratio recusandi magistratus non recepta. Sed ratio utraque dubia et suspecta per ea, quæ *infra Cap. seq. N.* 6. *et h. Cap. N.* 16. Prior vero aliorum de formula refellitur a Lycklama 5. *Membr.* 5. quia certe in notione facti, quæ judici dato committitur, affectioni indulgere potest pater: Sicuti nec quis facile probabit eam, quam adfert Loriot. *Tr.* 3. *de Jur. Arte, qui est de consanguin. Ax.* 35. *et seqq.* quod jus dici non possit, nisi cum in possessionem mittitur: Sententia vero judicis simplicis sit cognitionis. Alii inter jurisdictionem voluntariam et contentiosam distinguunt. Hot *in Epit. t. D. de Jurisd. n.* 15. Goth. *ad d. L.* 77. Cujus distinctionis prior sane pars vera. *L.* 1. *de off. præt.* ast posterior non æque *L.* 13. §. *ult. ad. Sc. Trebell.* ubi filius cogit patrem adire hereditatem, quod est jurisdictionis contentiosæ, cum injungatur invito. Et alienum plane privata negocia *d. L.* 77. restringere ad actus voluntariæ jurisdictionis, nec ratio subjecta id patitur. Quid quod plerique judicem, non nisi in contentiosa lite, agnoscant. Eodem prope recidit quod Cons. 4. *Misc.* 9. *et ad L.* 1. *de off. præt. n.* 5. privata negocia exponit, quæ ita propria patris et filii, ut alium non concernant, ut si filius emancipetur aut in adoptionem detur sic, inquit, in *L.* 13. §. *ult. ad Trebel.* cogitur adire pater, quia id nulli damnosum, licet fideicommissarium possit esse utile. Alii *d. L.* 10. accipiunt, si liberi agant, et extraneum provocent; *D. L.* 77. si coram patre conveniantur, ref. Trent. 2. *Pract. Resol. de Judic. Res.* 5. *n.* 15. Matth. Steph. 1. *de Iurisd.* 34. *n.* 12. Alii inter judicium ordinarium, et extraordinarium distinguunt, Perren. 1. *in Anim.* 12. et fere Lycklama 5. *Membr.* 5. Denique Cujac. 3. *ad Afric. in d. L.* 77. in publicis quidem caussis nec debere, de capite filii judicare etc. in quod Goveano accedit; In privatis vero distinguunt inter juris necessitatem et honestatem, quod possit quidem, et non prohibeatur *d. L.* 77. non debeat tamen hoc facere *d. L.*

accepisse mihi videtur *lib.* 1. *dispu.* *C.* 51. Atenim nihil distinguit Africanus. Ita est. Sed non dicit etiam patrem habere posse filium iudicem omnimodo. Ita quod deest verbis Africani, ex iure certo interpretandum, vel potius sumendum est.

IV. At etiam dicit quis, consentiente adversario nullam esse posse dubitationem, quin filius patri iudex esse possit, et contra, ut non sit credibile, Africanum de eo scribere voluisse. Responderi potest id, quod Duarenus sensisse videtur, non ideo consequens esse Africanum de eo casu non sensisse, quia nemo de eo dubitarit: quoniam et eadem quæstio de arbitro agitata sit a veteribus: quem tamen litigantium consensu eligi nemo unquam dubitavit. *L.* 6. *D. de recept.* Sed quæretur amplius, cur et de arbitro agitata sit. Est vero dubitationis caussa in promptu et quam hic subesse ratio *fragmento* seq. subjecta facile indicat. Propone, filium esse in potestate patris, non videtur aut hic iudex sedere posse in caussa patris, aut in eius caussa pater quantumvis adversarius iudicem non aspernetur. Nam cum utriusque una sit familia, quæ est patris: cum pater et filius eadem esse persona pene intelligantur. *L. ult. C. de imp. et aliis subst.* §. *ei vero*, *Inst. de inut. stipul.* quidquid filius pro patre, aut contra patrem, quidquid pater pro filio, aut contra dixerit, statuerit, necesse erit perinde haberi quasi pro se, familiave sua, aut contra se familiamve suam, dixisset, statuisset. Natura autem exigit, ut alius sit, qui iudicat, alius sit, qui litigat, qui damnatur, aut absolvitur sententia iudicis. Hæc etiam caussa peculiariter obstare videtur filio, ne iudex sedeat in causa patris. Quod si erit iudex, et contra patrem aliquid statuendum sit pro adversario, necessitate muneris adducetur ut iubeat, aut vetet aliquid patri. Quod non videtur pati naturæ ratio: cum sit potius patris imperare quidvis filio, huius autem parere patri. Quæ eædem dubitandi caussæ et tunc occurrunt, cum quæritur; an filiusfamilias magistratus esse possit: an in magistratu pro potestate aliquid in patrem statuere. *L. ille a quo*, in fin. *D. ad Trebell.* Africanus statuit nihil istorum obstare, quominus pater quemlibet filium, aut quivis filius patrem iudicem habeat. Quæ supra contra habeantur, dirimuntur omnia ea oratione, quæ ex Paulo subiicitur in *fragmento* seq. *Quippe*, inquit Paulus, *judicare munus publicum est.* Eo significatur, in caussis privatis vere illa dici, nihil filium pro patre, aut contra patrem: nihil patrem pro filio, aut contra filium, aut tanquam pro alio, aut contra alium statuere posse: filium autem aliquid patri imperare posse multo minus. Enimvero iudicare munus publicum est. Quod ad ius publicum attinet, filius non sequitur ius, potestatis, et quod idem valet: In caussis publicis filiusfamilias quidvis recte gerit, ut alius quivis paterfamilias. *L.* 9. *filiusfam. D. de iis, qui sunt sui, vel al. jur. L. nam quod* in princ. *D. ad Trebell.* Quo dicto veteres intelligi voluerunt, ea quæ sunt publica, ut magistratum, ut iudicium, omnia filiumfamilias exercere posse, etiam adversus patrem, nedum adversus extraneos. *d. L.* 14. *nam quod.* Quæ res facit, ut multo citius eadem patri liceant adversus filium: et quoniam filius iudex potest dari, in caussa patris; consequens est, ut possit et in caussa patris arbiter eligi: quo argumento Caius utitur in *L.* 6. *D. de recep.* Quæ cum ratio hic reddita sit, vel hinc apparet non illud quæri, an filius patri iudex esse possit invito adversario; sed an possit esse ullo modo, etiam adversario consentiente: quasi ipsa personæ conditio per se refragetur. Manebit igitur illud, quod dixi, invito adversario patrem filio, vel filium patri, ut testem sic iudicem idoneum non esse.

V. Ex his caussis cum dicimus, judicem recusari posse: perspicuum est hoc dicere, sine justa caussa, et ea approbata frustra judicem suspectum recusari. Quorsum enim tot caussæ a veteribus propositæ, propter quas videatur judex suspectus, si sine ulla caussa licet judicem rejicere. Et tametsi nihil

10. propter suspiciones, et alia incommoda, ideoque rectius facere, si se abstinuerit, et probant Pac. 1. Q. 58. P. Fab. *ad L.* 144. *de R. I. p.* 593. *et seqq.* Phil. Matth. *ibid.* *n.* 9. nec alienus videtur A. Gentil. 2. *Lect.* 14. Habes iam, Lector, de hac antinomia 30. auctorum, quos omnes adii, sententias, si Donellum nostrum connumeres. A quo nec hic recedo, ac in jus dicente quoque idem, cum eodem, contra Duarenum et alios, quos retuli statuo, tum quod utrobique consensus adversarii suspicionis pericolum tollat, tum quod ratio *L.* 78. *hoc tit.* communis. Quæ ipsa tamen non aliud infert, quam judicare posse volente adversario. Nec est quod Coras. 4. *Misc.* 9. *n.* 3. obstrepat generalem regulam *d. L.* 78. non constringendam esse ad hunc casum rariorem. Immo non firma esset consecutio. Judicare munus publicum. Ergo pater etiam invito adversario, sed ita: Ergo *potest et debet* eo volente: Fictionem enim unionis cessare faciunt munera publica, in quibus Taurus apud Agell. 2. *Noct.* 7. jura parentum inter quiescunt, et connivent. Suspicionem autem affectionis cessare non faciunt, imo nec ullo jure contra caveri potest *L.* 10. *de R. I.* Dixi et *debet*: contra Cujacium et asseclas. Adversario enim consentiente nec si velit, patrem filiumve cognitionem detrectare posse, sentio. Idque eadem ratio efficit. Quibus enim casibus judicare potest iisdem invitus cogitur *L.* 18. §. 14. *de muner. L. ult. C. eod. C.* 11. *de probat.*

hil amplius diceretur, quam judicem suspectum recusari posse: tamen hoc ipso justam caussam suspicionis a recusante exigeremus. Ut enim prædo, qui interrogatus, cur possideat, nullam caussam possessionis affert, ne respondere quidem videtur. *L. qui interrogatus*, et *L. seq. D. de pet. hæred.* sic videtur, qui judicem dicit suspectum, nec caussam affert, cur sit suspectus, nihil dicere. Caussam igitur recusationis dicere oportet. Et quoniam caussa dicenda est: etiam eam oportet probari: ut accidit in omnibus et peremptoriis et dilatoriis exceptionibus. *L. in exceptionibus*, *D. de probation.* Quod si sine probatione caussæ licebit judicem recusare: nullus omnino idoneus futurus est judex. Statim enim a reo audiet; tu mihi es suspectus. Quinimo licebit pro arbitrio reiicere, etiam si non dixero eum suspectum. Quid enim interest, utrum non dicam suspectum, an dicam, et non probem? et est hæc quidem sententia atque hoc jus confirmatum nominatim a Pontificibus Romanis in *C.* 41. *secundo requiris*, §. *ult. C.* 61. *cum speciali*, *extra de appellat.* et *C.* 39. *suspicionis*, *extra de offic. et potest. jud. dele.* Quo jure recepto, quia necesse fuit quæri, quis ejus litis de caussis suspicionis judex, quis ordo et exitus futurus esset: ideo illi et de his rebus suprascriptis in locis diligenter caverunt ad hanc sententiam. Si quis judicem suspectum dicat, suspicionis caussam apud eum dicere debere, et [9] scripto complecti. *C. quoniam*, *extra de probat. L. apertissimi C. de jud.* ipsum judicem de causa suspicionis non cogniturum: sed partes coacturum, ut arbitros eligant, qui de caussa cognoscant. Caussa his probata, judicem eo loco futurum, quasi nec datus esset: non probata autem intra tempus ab arbitris costitutum, judicem recte datum videri, eumque partibus suis functurum. Quæ omnia ex ipsis locis melius cognoscetur. Et sunt hæc [10] juri civili veteri non consentanea modo, sed etiam consequentia: si quis hoc posuerit, neminem sine justa caussa, ut suspectum recusari posse.

VI. Sed videamus ne hanc necessitatem caussas suspicionis allegandi, ideoque omnem hanc de caussis justis suspicionis, deque earum disceptatione quæstionem sustulerit Justinianus ea constitutione, cujus initium est, *apertissimi, C. de judic.* Sic quidem interpretes nostri magno consensu eam legem acceperunt, quasi ea lege potestatem faciat, judicem pro arbitrio recusandi, utcunque quis existimaverit, eum suspectum, neque exigat, ut [11] suspicionis caussam reus vel afferat, vel probet. Quibus cum ego sentio. Idque mihi pene diserte ipsa constitutione exprimi videtur. Mitto illa verba constitutionis, quibus potestatem facit judicis recusandi ei, qui judicem suspectum putat. Ex quibus colligi potest, satis esse recusanti ita dicere: Ego te suspectum puto, eoque nec necesse esse quidquam probare de causa suspicionis. Nemo enim probare cogitur se metuere, quod se metuere affirmat in ea re, in qua multa esse possunt, quæ quis metuat. *L. quia poterat*, in fin. *D. ad Trebell.* Quo maxime argumento nituntur vulgo. Sed hoc mitto, ut dixi fortasse enim sit levius: cum id, quod huic definitioni deest, potuerit et debuerit suppleri ex jure antiquo, ut fateamur, scilicet licere ei, qui suspectum judicem putat, eum recusare: quod et antea licebat, sed licere hactenus, dum caussam afferat, et probet. Nam et ita jus erat antea: quod quia constitutio non tollit, cur non intelligatur manere? Movet me potissimum ea pars constitutionis, qua parte Justinianus necessitatem imponit partibus, judice recusato arbitros eligendi, apud quos negotium agatur, sic quasi ipsi a principe aut magistratu dati essent. Si necesse esset cuiquam caussam suspicionis probare; aut apud arbitros electos oporteret probari, aut apud judicem [12] recusatum, aut apud aliquem alium. Arbitros in eam rem eligi vult Justinianus, non ut de caussis suspicionis, sed ut de caussa principali

9) Nec ore fieri potest, Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 13. Zang. *de Exc. P.* 2. 4. *n.* 9. Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 88. Rulant. *de commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 15. *n.* 8. ita in Camera servari testans. Quid eo libello exprimendum? Wes. *ad d. L.* 16. *n.* 21.

10) Sed verius puto, cum olim non nisi ex consensu judex addictus fuerit, vid. *Cap. præced. N.* 21. recusationem utrique liberam fuisse. Sufficiebat enim simplex ejeratio his verbis: *Eiero, iniquus est*, Cic. 2. *de Orat. p.* 241. *et Philip.* 12. *pag.* 921. nullo alio allato suspicionis argumento. Cujac. 9. *Obs.* 23. Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 87. *n.* 2. Plin. *in Panegir. Sors et urna iudicem assignat, licet rejicere, licet exclamare. Hunc nolo*: Ascon. *in Verr.* 2. *p. m.* 16. Permitti accusatori ac reo, ut ex numero missorum in urnam rejiciant, quos putaverint sibi aut inimicos ex aliqua re incommodos fore. Etsi vero Cujac. *d. lo.* velit *ex. d. L.* 9. *de lib. cau.* et *L. ult. C. h. t.* caussam declarandam ac plerumque comprobandam esse, qui tamen ex illis hoc eliciatur non video. Immo in *d. L.* 9. *in fin. pr.* dicitur si inimicum sibi esse affirmet. Nec Justin. *in d. L.* 16. præ se fert, ut solet, quod jus novum in hoc judicat, etc.

11) Quod sufficiat allegatio suspicionis in genere, nec caussa specialis libello inferenda, vel probanda, modo juramentum præstet, quod calumniose non recuset, Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 14. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 45.

12) Etsi enim judex de incompetentia ipse cognoscat: non tamen de recusatione, quia illius caussæ propriam et privatam judicis personam respiciunt, Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 13. Wes. *ad L.* 16. *C. de iudic. n.* 4. Gail. 1. *Obs.* 34. *n.* 6. Wurms. *Tit. Obs.* 5. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *C.* 15. *n.* 3.

pali cognoscant. Apud judicem, aut ullos alios, frustra de caussis suspecti quæritur, si eligantur alii, apud quos res agatur, et finem accipiat. Eliguntur vero arbitri in eam rem, vel statim, vel ad summum triduum, ut jubet *L. ult. C. de jud.* intra quod tempus caussa suspecti agi non potest. Apparet igitur non exigere Justinianum, ut caussa suspicionis ulla afferatur, aut quod tandundem valet, non requirere ejus probationem, unamque ejus hanc mentem esse, ne quisquam qui sibi a judice dato metuet, invitus apud eum cogatur litigare.

VII. Cur laboramus ergo et omissa superiore disputatione de suspicionis caussis, non recta id sequimur, quod Justiniani constitutio præscribit? Quia ut Bartolus testatur in *d. L. apertissimi*, et Pontificum epistolæ facile arguunt, usus eam constitutionem [13] non probavit. Et ut liceat verum, quod videtur dicere, cur non probet, magna caussa est. Cum enim non liceat judicem recusare, nisi suspectum: absurdum est, et contra judiciorum morem, quenquam in judicio id affirmantem audiri, nisi probet. in *d. L. in exceptionibus*, *D. de probat.* Alioqui licebit cuivis mentiri impune. Absurdum est etiam, esse in potestate litigatoris privati judicem improbare, quem velit: eos habere, quos velit: Iniquum et illud et contra ipsam constitutionem Justiniani, judicem removeri et nullum alium eligi. *L. ult. C. de judic.* Non video autem quomodo dissentientibus ligatoribus hæc electio possit explicari. Quid enim, si reus eligat eum, qui sit suspectus actori, actor eum eligat, qui sit suspectus reo. Neuter erit arbiter sine dubio. Nam ut nihil dicatur aliud, observandum est, ne is detur, quem altera pars petit. *L. observandum*, *D. de jud.* Magistratus alium judicem dabit, inquies: Hujus est enim, electionis istius caussam dirimere. *d. L. ult.* versic. *electione.* Quid si et hic, qui dabitur, erit suspectus? Res abibit in infinitum, videlicet neque exitum reperiet. Sed cogentur litigatores consentire. Hoc enim constitutio exigit. At hoc quæritur, in quem, aut in quos consentire cogantur. Quid enim, an electum ultro et petitum ab adversario admittere necesse habebit, qui nec petitum, et datum a magistratu, aut a principe, non est coactus admittere? Deinde quis coget? tribuit constitutio has partes executori, idest, judici dato, qui recusatus est. *d. L. ult.* vers. *ult.* At hic cum sit privatus, neque multam dicere potest, neque pignora in eam rem capere. *L. 2. §. ult. de judic.* Coget exsecutio procuratoris per ordinarium judicem. Sic enim loquitur constitutio, idest, per magistratum, qui judicem recusatum dederat. Sed melius erat illum magistratum adiri recta, et eum pro imperio seu jurisdictione agentem ultro eum judicem dare, quem litigatores recusare, sine justa caussa non possent. Quod cum ita sit, non erit abs re, si judicis dandi potestatem (quando hæc jurisdictionis est) ipsi magistratui non privatis permittentes in jure civili vetere, et in pontificio, et in eo quod usu probatum est potius, acquiescamus: judicem datum, ut non liceat privato suique rejicere aliter, quam si justa caussa esse videbitur, cur illum metuere debeamus.

VIII. Quod et nos secuti, de caussis suspicionis prius diximus. Quæ ut non sint ante litem contestatam in judice dato recusando necessariæ, at certe constituto jam judicio et potestate judicis confirmata, itemque in magistratu rejiciendo necessariæ sint: si quis modo putaverit, et judicem datum post litem contestatam, et magistratum etiam ante rejici posse. Sunt vero superiores caussæ ejusmodi, propter quas non solum ante litem contestatam judex datus possit recusari, sed etiam post litem contestatam, siquidem et post litem contestatam [14] inciderint. Finge, judicis rem esse cœpisse, hæredem puta ab altero ex litigatoribus esse constitutum. Justa est caussa, cur recusetur, et alius sumatur. *L. Iulianus*, 17. *D. de jud.* Nam quod in *L. apertissimi*, *C. eod.* dicitur, post litem contestatam iudicem recusari non posse, de eo iudice dictum est, [15] potuit et an-

13) Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 16. (ubi tamen si de consuetudine non liqueat, in foro sæculari jus civile attendi debere) Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 88. P. Rebuff. *Tr. de Recus. Art.* 1. *Gl.* 4. Nec improbandæ constitutiones, pœnas proponentes temere recusantibus, nec caussas probantibus, P. Greg. 49. *Synt.* 3. *n.* 21. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *Cap.* 25. *n.* 8. Et jure Canonico arbitri de sola caussa suspicionis cognoscunt, Gail. *d. loc.* Sed et arbitrorum electio ab usu recessit, et de his caussis delegans, vel superior, ad quem appellatio devolvitur, cognoscit, Knich. *de Sax. non provoc. Jure* v. *Lit. provoc. nescium C.* 2. *n.* 14. *et. seqq.*

14) *Cap. pastoralis* 3. *de except. Cap. insinuante* 25. *de off. deleg.* Idem est, si caussam suspicionis a principio ignoravit *d. C.* 4. *de exc.* Facit *L.* 32. §. 4. *de rec. arb.* Vult. *ad L.* 4. *C. de iurisdict. n.* 56. Zang. *de exc. P.* 2. *Cap.* 4. *n.* 3. Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 11. Qua de re fides juramento fieri potest *d. Cap.* 4. Covar. 4. *Pract. Q.* 26. *n.* 2. Myns. 4. *Obs.* 59. Monach. *Pract. judic. P.* 2. *Tit. de persona judicis Cap.* 3. *n.* 2. Maynard. *Lib.* 1. *Decis.* 95. Et tunc potest etiam opponi post conclusionem in caussa, Maranta *P.* 6. v. *et quandoque appell. n.* 74. Covar. *d. n.* 2.

15) Recte. Tunc in limine quæstionis, ut Cuiac. 9. *Obs.* 23. opponenda, quia litem contestando, in iudicem consensum et caussis recusationum renunciatum est *Cap. inter* 20. *de re iud.* P. Greg. 49. *Synt.* 3. *n.* 20. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 4. *n.* 2. Myns. 4. *Obs.* 59. Monach. *in C.* 18. *de iudic. C.* 3. *n.* 33. Covar. *d. Quæst.* 26. *n.*

ante litem contestatam recusari. Quod illa verba satis significant: *liceat ei, qui suspectum judicem putat, antequam lis inchoetur, eum recusare.* Subiicitur enim, cum statuerimus post litem contestatam recusari non posse. Nec vero tantum iudex datus (de quo genere solum loquitur *d. L. apertissimi*) sed etiam [16] magistratus ipse, et quem ea constitutio vocat ordinarium iudicem, ob easdem caussas reiici potest. Quid enim sibi vult, quod traditur, eum, qui iurisdictioni præest, non debere, neque uxori, neque liberis, neque libertis, vel cæteris, quo secum habet, ius dicere? *L. qui jurisdictioni, D. de jurisdict.* Nempe invito adversario non posse his ius dicere, itaque ne dicat, recusari posse. Nam in consentiente non dubium est, quin sit [17] iurisdictio. *L.* 1. *D. de jud.* Tum autem cur iudicem delegatum liceat recusare propter suspicionum, ordinarium propter easdem caussas suspicionis non liceat? An minus periculosum est ordinarii iudicis suspecti iudicium. Quæ et ipsa sententia confirmata est iure pontificio, in *C. cum speciali, extra de appellat.* Nam cum in eo ita scriptum sit: suspectum judicem recte recusatum alium judicem daturum, aut rem ad superiorem transmissurum: apparet de iudice ordinario quæstionem esse propositam. Nam iudex datus alium iudicem dare non potest. *L. a judice*, 5. *C. de judic.* Nec cum ille judex esse desiit, res rediit ad alium quam ad eum magistratum, qui judicem dederat. *arg. L. a divo, D. de re judic. L.* 1. *D. quis a quo appellat.* Videtur tamen refragari Justiniani constitutio *Novel.* 86. *Ut differentes judices*, cuius sententia expressa est in *auth. si vero, C. de judic.* Sic enim ille cavit, ut si recusetur ordinarius iudex, adhibeatur sanctissimus eius loci Episcopus. Nempe ut interim ipse præses iudex maneat. *Et* (*) *dentur quidem nobis hodie episcopi in urbibus: et dentur sanctissimi, ut Justinianus loquitur: est, cur formam ab illo hic* con-

2, Rebuff. *Tr. de Recusat. Gl.* 2. *n.* 1. Maranta *d. lo. n.* 26. Et judicem, coram quo cautio, judicio sisti præstita, recusari non posse; notat Amanell. *de Claris aquis Singul.* 201. Si tamen minor hac recusatione omissa litem contestatus ulterius processit, poterit in integrum restitui, Maric. *de Restit. in int. Cap.* 253. ac ita servari testis est, etsi plures contra rationes proferat, Covar. *d. Q.* 26. *n.* 4.

16) Hac de re lis vetus inter Bulgarum, qui negavit, et Martinum, qui affirmavit (1) per *L.* 4. *C. de iudic.* arg. a contrario. Non potest lite contestata. Ergo ante potest (2) per *L.* 9. *in fi. pr. de lib. ca.* ubi recusatio admittitur in caussa status, quam delegari non posse plerique sentiunt. Quanquam vero crebrior sit opinio eorum, qui jure quidem Canonico recusari simpliciter posse jure vero civili Episcopum (addunt quidam; aut alium virum bonum) adjungendum esse cum quo cognoscat, Covar. *Pract. Q.* 26. *n.* 1. Gail. *Obs.* 33. *n.* 1. Duar. *de Judic. Cap. de iis qui iud. dari poss. f.* 155. *et de Jurisdict. C.* 6. *n.* 5. *et ad L.* 10. *D. eod.* quia turpe visum fuerit recusari magistratum populo probatum. Maranta *P.* 4. *Dist. iudic.* 5. *n.* 41. Volt. *ad L.* 4. *de iurisdict. n.* 38. Zang. *de Exc. P.* 2. *C.* 4. *n.* 4. Monach. *in C.* 18. *de iudic. Cap.* 2. Bron. 1. *Ass.* 66. Paul. Bus. 3. *Subtil.* 18. Amplius Wesenb. *ad L.* 16. *Cod. hoc tit. n.* 18. ne quidem jure Pontificio removeri amittit, sed æque alium adjungi, quia id sic accipiendum sit, ut minimum lædat jus commune. Quem aperte refellit. *Cap.* 4. *de foro comp.* Nec hic tamen nostrum desero, cum quo Matth. Mathesilan. *in Auth. et consequenter Cod. de Sent. et interl. n.* 7. *et* 8. Zas. *in d. L.* 16. *n.* 9. Cujac. 9. *Obs.* 23. *in fin.* Arumæ. *Disput. Pand.* 7. *Th.* 10. qui optime resp. *ad. d. Nov.* 86. *C.* 2. consilium ibi dari litiganti, ut si a patria recedere ipsi incommodum sit, petat potius adjungi alium judici suspecto, quam ut omnino recuset. Ergo per *L. pen. Cod. de pact. et simil.* item *per L.* 25. *D. d. L.* 6. *C. de LL.* Nam et *Nov.* 53. *C.* 3. §. 2. licentiam tribuit vel repudiandi judicem ordinarium, vel ut alius ei συνδικαστὴς adjungatur petendi, vid. Cujac. *in. d. Nov.* 53. *pag. mihi* 189. Utut sit, dispositio juris Canonici usu recepta dicitur. Et *d. Auth. si vero* in desuetudinem abiit, P. Greg. 49. *Synt.* 3. *n.* 22. ubi *n.* 24. *et seq.* Universitatem quoque, et collegium recusari posse, tradit, et totam Synodum per *Cap. quod suspecti ultim. Cap.* 3. *Q.* 5. de quo et Boer. *Decis.* 269. Senatum vero ita recte recusari, si omnes aut major pars suspecti, aut præses, aliusve majoris auctoritatis, cui cæteri vix ausint obloqui, docent, receptumque, scribunt Zang. *de Exc. P.* 2. *Cap.* 4. *n.* 8. Joan. Monach. *Pract. indic. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 3. *et in C. cum caussam* 18. *de indic. Cap.* 2. *n.* 24. Diss. Gail. 1. *Obs.* 33. *n.* 2. 3. ubi et Senatores curiæ supremæ Spirensis frustra recusatos, tradit. Consiliarii Principis, ut recusari possint, Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 64.

17) Recte; etsi contra Goveanus et alii, ut *supra h. C. N.* 8. Probaturque apertissime *L.* 13. §. *ult. ad Trebel.* Unde apparet, errare eos, qui patrem filio, vel in eum jus adeo dicere non posse, quod hic illi dignitate æquales sit. Sejungenda enim dignitas conditionis a dignitate officii, uti et dignitas divisa est a potestate. Neque insolens aut absurdum eum, qui, non dico, par dignitate conditionis, sed immo longe honoratior; subjici quandoque magistratui personæ cognitioni ignorabiliori. Sicuti ex. gr. Comites et Barones dum in Academiis studiorum gratia versantur, etc. Et itaque si pater magistratus, filius privatus, hic illi æqualis non est, cum et filiusfamilias magistratus maior sit patre privato *d. L.* 13. §. *ult. L.* 1. *de off. præt.* iunct. *L.* 14. *de manum.* Unde haud abs re quis ambigat, iurine consonum sit, quod prodiderunt nobilem, cui jurisdictio propria alicujus villæ, illam tamen non habere, vel exercere posse in filios suos, ut Modest. Pist. *Q.* 169. Matth. Steph. 1. *de Jurisdict.* 1. *n.* 73. *et* 2. *seqq.* Pac. Schult. *Pract. Q.* 3. *n.* 53.

(*) Aptissima erat huic, quæ et superiori loco hujus *Cap. n.* 7. data fuit ab eodem Donello responsio: hanc Justiniani Novellam nostrorum temporum usu non recipi. Sed ille Calvini errore et nimio partium studio abreptus juris exponendi Cancellos egreditur: et arrepta occasione, declamatorio more invehitur in Episcopos. Sed declamatore nihil opus. Civile jus explicandis Donelli probata nobis doctrina, peritia, et auctoritas: At ejusdem declamatorem agentis, aut Theologum nulla auctoritas, nulla fides. Ne tamen verbis illudere velle ejus exemplo; rerum autem inanes esse videamur: ita cum illo congredimur. Quod ille dat primo libenter accipimus, probantur illi Justiniani Ecclesiastica tempora; probantur iidem, qui tunc erant Catholici Episcopi, dicti Justiniano *Sanctissimi.* Modeste sane hac in re, ut Calvini assecla Donellus, et commode. Continuatam igitur a Justiniano, et a superiori ævo, si opus sit, ad hæc usque tempora Episcoporum ut in illo Apostolico munere et potestate successionem, in pastorali cura assiduitatem, in vitæ morumque castimonia innocentiam eidem opponimus. Quibus hæc probamus argumentis? Iisdem omnino quibus, credo, Donello et cuilibet cordato viro persuaderi potuit, Episcoporum Justinianei temporis, qui procul ab ejus ætate atque oculis abfuere, Santitas et Apostolica vigilantia. Qui hoc tandem? Eadem perpetuo ab Apostolorum ævo ad hæc usque tempora in Catholica Romana Ecclesia sanctissime custoditur Apostolica et Canonica successio, atque ordinatio Episcoporum. Em. Bellarm. *de Eccles. Lib.* 4. C. 8. Aug. Matthæucc. in *Op. Dogm. Controv.* 6. *Cap.* 4. Eadem porro fide, quæ datur per impositionem manuum, ut loquitur Apostolus *I. ad Tim.* 4. funditur et manat in nostros Episcopos Spiritus S. gratia; eadem quoque perdurat Ecclesiæ quoad Episcopos disciplina. Quod in eodem, in quo triumphat Donellus, residentiæ munere, atque præcepto, videre licet. De ea re ex veteris et sequioris ævi more atque instituto egregie atque doctissime, ut assolet, Thommasinus *de Vet. et Nov. Eccl. Discipl. P.* 2. *Lib.* 3. *Cap.* 32. 33. Nihil et in hac parte plenius, nihil gravius et sanctius Tridentini Decreto *Sess.* 6. *et* 23. *Cap.* 1. utrobique *de Reform.* Nec vero nobis obstrepat Donellus, aut alius quisquis Calvini assecla propter nonnullorum Episcoporum incuriam, aut minus diligentem commissi sibi gregis custodiam: putida namque hæc et obsoleta Novatorum criminatio: quæ non minus in nostra hæc quam in superiora omnia Ecclesiæ tempora cadit; et hæc, tamen ipsa revincitur Ecclesiastica universorum temporum disciplina; et aliorum omnium qui sunt innumeri, Catholicorum Episcoporum assidua in Christi grege pascendo cura, labore, vigilantia: eorum prætærea exemplo, vitæ integritate morumque innocentia.

constitutam retineamus. Quod si nunc neque sunt in urbibus episcopi, et si fiat, jurisdictionem omnem suam ad officiales suos delegarunt: si etiam quidvis sunt potius, quam episcopi, quos vulgus hoc titulo appellat: quomodo Justiniani in hac re constitutionem possumus usurpare?

CAP. XXVI.

De modis sive causis quibus judicium solvitur.

Transitio, et quæstionis status. I.

Judicium solvitur, seu quis desinit esse judex certis de causis. II.

1. *Si Prætor dederit judicem ad certum tempus, intra quod litem dirimat.* III.

Neque illud fuerit prorogatum a partibus, vel contra inhibita a principe prorogatio. IV.

Justinianus civilium caussarum cognitioni triennium præstituit. V.

2. *Si judicem qui dedit, ipse revocaverit, aut magistratus superior. Hoc etsi non integra re, et quare.* VI.

Uno ex datis judicibus judicare vetito, reliqui non prohibentur: secus si unus ex his decesserit. VII.

Morte Magistratus judicem dantis judicis datio non extinguitur, et quare. VIII.

3. *Si datus iudex aut minus idoneus fuerit. Tres eiusmodi caussæ, et quæ.* IX.

Aut si par danti imperium obtinuerit. X.

Uno ex litigatoribus mortuo non solvitur iudicium, sed in alium transfertur; et qui ille interpretatio L. 57. de judic. XI. XII.

Judice dato remoto, vel demortuo alius in eadem caussa iisdem conditionibus substituendus. XIII.

Quod posteriori huic tempus in absolvendo prioris iudicio assignetur. XIV.

I. Ut judex idoneus esset, duo requiri supra diximus, et ut recte ab initio datus sit, et ita datus perseveraret, nec desineret esse ante rem iudicatam. De priori satis demostravimus, dum et si judex possit, et a quibus dari explicavimus. Superest, ut quibus modis, quibusve de caussis quis judex esse desinat, sive judicium solvatur aperiamus Judicium enim solvi cum dicimus ad judicem nunc referimus: itaque veteres in hoc loco atque in hoc titulo de judiciis usurpavere. Nam alioquin, si rem generaliter æstimare velimus, omnes omnino causas, quibus accidit ut judicium impediatur ac retardetur, vel potius tollatur, ad judicii solutionem referre deberemus. Quid enim si accepto judicio litigatores transigant? Recte solvi judicium dicitur. Quid si bonam fidem postea reus agnoscat? unde et omnia judicia esse absolutoria vulgo olim jactatum. Quid etiam si actor deserat non ultra acturus, et eremodicium contrahatur, sic quidem ut circumduci edictum, et cognitionem oporteat? id est [1] tolli ac deleri sic, ut causa non agnoscatur. *L. si præses, C. quom. et quand. jud.* In quo (ut id obiter notem) admirari libet Caroli Sigonii judicium. Is enim *lib.* 1. *de iudiciis cap.* 28. cognitionem circumduci apud Ulpianum in *L. Divi* §. 1. *D. de liber. caus.* interpretatur cognitionem causæ per centumvirilia judicia circumduci, a loco scilicet in quo judicia olim exercebantur. Quo quid imperitius

1) Ut instantia perimatur, non actio, vid Duar. *de Judic. fol.* 165. Wesenb. *ad L.* 13. §. 1. *et seqq. Cod. de iudic. n.* 30. *et seqq.* P. Friderus *Lib.* 2. *de Mandat. iud. C.* 20. Joach. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisdict. C.* 9. *n.* 34. *et seqq.*

tius dici potuit, et ab eo Ulpiani loco alienius? sed his omissis, veniamus ad id quod instituimus, explicandum.

II. Judicium igitur solvi hoc loco dicimus, cum qui judex recte datus est, certis de caussis iudex esse desinit. Caussæ illæ nascuntur aut ex lege ipsa dationis, aut a persona eius, qui iudicem dedit, vel maioris cuiusdam potestatis, aut a persona iudicis dati.

III. Lege dationis, si ad certum tempus iudex datus sit, idest, intra certum tempus iudicare litemque dirimere iussus sit. Eo enim tempore elapso si non iudicaverit, iudex nihilominus esse desinit. *L.* 1. §. *si et iudex*, *D. de iudic.* Quemadmodum et tutor ad certum tempus datus certave conditione, pariter tutor esse desinit post illud tempus, vel conditionis defectum. §. *sed etsi*, et §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tut. fini.* Consuevisse Prætorem tempus cognitioni, et sententiæ iudicis a se dati præstituere, dubium non est: ne lites, quas nullas esse in Republica expedit, aut quam citissime decidi, ex arbitrio et libidine iudicum extrhaerentur. Idque litigatores ipsi in primis cavebant, quorum consensum in tempore cognitioni præfiniendo Prætor etiam sequebatur: sed adhibita est tamen huic sententiæ a veteribus moderatio quædam.

IV. Ita voluerunt judicium finiri tempore, ut tamen etsi iudex ipse datus, et litigatores consenserint, ut dies prorogarentur, is consensus valeret. *d. L.* 2. §. *sed etsi.* Nam et iudici æquum est licere, officium suum latus ad aliorum utilitates explicare, et litigatoribus, quorum gratia illa temporis præfinitio constituta est, ab ea recedere concedendum fuit. Nisi tamen sit, quod et hoc quoque impediat, id vero est Principis iussio, qua prorogatio fuerit inhibita. *d.* §. *sed etsi.*

V. Hodie sane post Justiniani constitutionem illam nobilem, quæ extat in *L. properandum*, *C. de judic.* Principis ista specialis iussio atque inhibitio non ita locum haberet: cum ea constitutione caussæ civiles omnes intra certum temporis spatium, idest, triennium ab accepto iudicio determinari debeant, ultra quod tempus nec iudici licet, nec litigatoribus diem caussæ dirimendæ prorogare. Ad quam constitutionem dixi alibi respectum habuisse videri Tribonianum in *L si judex*, *D. de judic.* Eaque verba, (ita tamen ut legitimum tempus non excedat) ipsius esse. Nec vero huic prorogationi ex iudicis, et partium consensu factæ obstat quod iudex ultra illud tempus iudex non sit, ac propterea rei iudicatæ auctoritatem non possit eius sententia obtinere: quia Magistratus, qui eum dedit, certumque tempus adiecit, secutus in ea re consensum et commodum ligatorum et judicis dati intelligitur, eiusque voluntate manere adhuc iudex iste, de quo ut maneret, ipsemet et litigatores ultro consenserint

VI. A persona eius qui iudicem dedit, iudicium solvitur, si is vetuit postea iudicare, sive iussum suum de iudicando revocavit, *L. iudicium*, 58. *D. de iudic.* Qua in re differt a reliquis mandati generibus, quæ revocari fere rebus non integris non possunt. Sed ea [2] est vis imperii, et Magistratus auctoritas, ut privatorum mandatis anteferri debeat, multæque incidunt sæpe caussæ, cur iudicem datum Prætor removendum putet. Qua de caussa etiam is iudicare prohibere potest, qui iudicem ipse non dedit, sed eo qui dedit, [3] maius imperium habet. *d. L. iudicium*, puta Præfectus Prætorio, quæ summa est post principem potestas. Et supra quem nemo esse dicitur, qui alteri pareat, vel Prætor ratione ædilium Curulium, vel præses legati sui.

VII. Ad hunc locum et illa quæstio pertinet, si plures in eadem caussa iudices dati sint, quod fieri solere, et interdum necesse esse constat, unusque ex iis judicare prohibitus sit, an alter vel cæteri, qui prohibiti non sunt, judicare possint. Et verius est posse. Nam cum unus tantum nominatim prohibitus est, reliquis rem committere prætor videtur, inquit Paulus *L. cum prætor*, *D. de iudic.* sicut e contrario, cum lex nominatim, quid in præteritum indulget, in futurum vetare ab Ulpiano dicitur. *L. cum lex*, *D. de leg.* Cur enim, si omnes prohibere voluit, unum dumtaxat, prohibuit? Non eadem ratio, si aliquis ex judicibus [4] decesserit. Quia enim voluntas prætoris hic nulla apparet, merito pontificio jure constitutum est, ut

2) Quia non tam vi mandati, quatenus contractus est, suscipit caussæ cognitionem delegatus, quam imperii necessitate, nec ulla inter delegantem et delegatum nata est obligatio, Gœd. *de Sequest.* C. 1. *n.* 61. *et seq.*

3) Quia ceu principis præsentia omnium omnino, ita magistratus superioris, potestatem inferioris suspensam tenet. Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 315. vid. *L. potioris* 3. *C. de off. rect. prov.* Coler. *de Process. Part.* 2. *Cap.* 1. *n.* 140.

4) Duar. *in tit. de iudic. Cap. de iis, qui iud. dar. poss. f.* 168. Quando autem mortuus delegatus ius cognoscendi transmittat in successorem, vid. Menoch. 1. *Arb. Q.* 68. *et seq.*

ut judicium solvatur, *cap. uno delegatorum, extra de offic. deleg.*

VIII. Sed quid contra dicemus, si prætor qui judicem dedit, ipse decesserit? Dicimus judicium hoc modo non solvi. *L. venditor*, 49. §. *ult. D. de judic.* Qua in re etiam judicis datio distat a reliquis mandatis, in quibus ita jus est, ut morte mandatoris solvantur, idque etiam in ipsa jurisdictione mandata obtinere Labeo scripsit, *L. et quia*, 6. *D. de juris.* ut mirum videri possit, cur non idem in judicis datione receptum sit, et quidem multo magis, quo est judicis datio quiddam humilius quam jurisdictio mandata. Ad hoc, jurisdictio ejus, qui judicem dat, puta, proconsulis, post [5] successoris adventum finitur. *L. meminisse*, *D. de offic. proconsul.* His ita respondendum est, jurisdictio mandata non simpliciter mandatoris morte extinguitur, sed ita, si is, qui mandavit, decesserit, priusquam ab eo, cui mandavit, geri cœperit, ut in omnibus aliis caussis mandatorum accidit. Ita diserte loquitur *d. L. et quia.* Judicis autem dationem, ne sic quidem extingui dicimus: id est, etiamsi non cœperit judex ante mortem ejus, a quo datus est, cognoscere. Ratio est, quia litigatorum favor id exigit, ne diutius trahantur: Et quia judicis datio magna parte in eorum consensu posita est: et quia postquam judex datus est, [6] suo jure cognoscit. In jurisdictione mandata contra est: Si nihil geri cœptum sit, nihil tale occurrit. Quare dicamus, jurisdictionem manere post mortem ejus, a quo mandata est, et a quo tota pendebat. Quod ad sententiam *d. L. meminisse* attinet, respondetur, eadem lege, qua jurisdictio et imperium proconsuli mandatum est, ita contineri, ut accepto successore statim desinat, simul ille in provinciam venerit: adeo ut et Majestatis teneatur, qui accepto successore statim non decedit. *L. 2. D. ad leg. Jul. maiestat.*

IX. A persona judicis dati judicium solvitur duobus modis, vel quia minus idoneus esse judex deprehenditur, vel quia cogi non possit judicare. Quo minus idoneus judex sit, contingit earum rerum ex aliqua, quæ judicandi facultatem adimere solent. Ea sunt tria fere, furor superveniens, necessaria judicis occupatio aliqua, et justa suspicionis caussa. Furore superveniente, hoc est, si judex furere cœperit, judicium solvi, manifestum est. *L. iudex*, 46. *D. de iudic.* Non ipso quidem jure, sed mutatione et subrogatu alterius. Nam ipso jure manet judex, qui ab initio recte addictus est, nec juris officium, quale est judicis, facto et furore tolli potest. *argum. L. patri. D. de his, qui sunt sui vel al. iur.* Sed quia judicandi necessitatem morbus sonticus remittit, mutari debet, ut sunt verba *d. L. iudex.* Quod autem in *d. L.* est, in eodem officio judicem permanere, licet furere cœperit, quia recte ab initio addictus sit: hæc ratio pugnare videtur cum eo, quod scriptum est in *L. cum furiosus*, 39. *eod tit.* furiosum ab initio judicem recte dari. Solutio est, qui perpetuo furiosus est, judex dari non potest. *L. cum prætor*, 12. §. *non omnes*, *D. eod. tit.* Et ita intelligenda est, *d. L. judex.* At qui intervalla furoris habet, recte judex datur, etiamsi dationis tempore furiosus est: ut si postea sanæ mentis effectus sententiam dicat, ea sententia valet. Ita loquitur *d. L. cum furiosus*: additque elegantem rationem, quia in addicendo, id est, in dando præsentia vel scientia judicis non est necessaria. Quod ex eo pendet, quia cum judicium inter munera publica referatur. Sequitur etiam ignoranti, et invito imponi posse. *L. ult. D. de munerib. et honorib.* Secunda caussa erat, occupatio necessaria, et longa aliqua: puta profectio, vel infirmitas, vel rei familiaris periculum, [7] et similia, de quibus in *L.* 13. *D. de vocationib. muner.* Et hoc etiam modo

5) Tametsi si quæ egit, antequam successorem advenisse cognoverit, rata sint *L.* 17. *de off. præs. C. gratum de off. deleg.* vid. Scip. Gentil. *Lib.* 2. *Cap.* 28. *p.* 305. *et. C.* 29. *p.* 212. Errat vero idem dum cum Govean. *ad d. L.* 6. statuit *pag.* 214. dato judice ab eo, cui jurisdictio mandata, notionem ejus, etsi non expiret morte dantis, cum adhuc supersit, qui mandavit, quique ipse potius quam mandatarius dedisse videatur, finiri tamen morte magistratus, qui mandavit. Nam si ubi magistratus ipse dedit, morte ejusdem non finiri, Scipio concedit; minus finietur, ubi per alium dedit juris interpretatione. Et incongrua ratio Gentilis, quia, morte magistratus, jurisdictionis mandatum finitum. Æque enim et multo magis finitum idem legati morte.

6) Ita et Sc. Gent. 2. *de jurisd.* 29. *p.* 212. et Cujac. *ad Nov.* 134. Posteaquam datus, ait, non ex jussu solo, sed proprio jure cognitionem habet. Sicuti et mandatum actionis, quia ea proprio jure habetur, morte non extinguitur. *L.* 1. *Cod. de O. et A.* Quod vero propria sit judicis dati notio, neque is vice dantis fungatur, quemadmodum mandatarius jurisdictionis, inde probatur, quod ab eo appellatur is, qui dedit *L.* 1. *Quis a quo app.* non proxime superior. Nemo vero a seipso provocari potest, Obrect. *Disput.* 6. *n.* 83. *et seqq.* Optime Camill. Plaut. *de Off. ejus, cui mand. jurisdict. Lib.* 1. *Cap.* 13. Judicem datum habere potestatem judicandi a lege, sed non posse eam exercere, nisi accedat jussus præsidis. Nihil itaque habet a magistratu, sed jubetur ab eo exsequi munus sibi lege injunctum, et caussas suscipete cogitur. Judices enim pedanei deputati olim erant ad disceptandum caussas privatas, eorumque certæ erant decuriæ, vid. *supra C.* 24. *N.* 21. Unde ex additioue accepti, ut *d. N.* 21. exercitium consequebantur notionis, quæ prius, habitu saltem, competebat. Sic magistratus municipales non dant tutores, nisi jussu præsidum, nec tamen jus dandi tutores a præsidibus agnoscunt.

7) Si surditas, aliusve morbus supervenerit, dum medelæ spes est, officium non abdicatur, sed negocia alicui committuntur expedienda, ita ut dignitatis stipendia an proventus ille accipiat arg. *L.* 22. §. *ult. L.* 41. *Locati.* Nec ex caussa ægritudinis etiam perpetue quis officio abire cogendus. *Cap. ult. de cler. agrot. C. scripsit* 1. *et C. quamvis triste* 14. *Cap.* 7. *qu.* 1. ita P. Greg. 47. *Synt.* 9. *n.* 8. 9. *et* 15.

do non desinit quis ipso jure judex esse, sed prætoris mutatione, qui alium judicem dare debet. *L. si longius*, in princ. *D. de iudic. L. pen. C. de pedan. iudicib.* Tertia caussa est, ex suspicione justa postea incidente. Quod ita refert ex Juliano Ulpianus: Si alter ex litigatoribus judicem solum hæredem, vel ex parte fecerit: alius judex necessario sumendus est: quia iniquum est, aliquem suæ rei judicem fieri. *L. Julianus*, 17. *de iudic.* Quo pertinet *tit. Cod. ne quis in sua caus. iudic.* Neque obstat *L. in privatis*, 77. *eod tit.* ubi scriptum est, filiumfamilias in caussa patris judicem esse posse. Id enim alibi sic explicavimus, volente et consentiente adversario posse, non aliter.

X. A persona quoque judicis dati descendit et illa caussa judici solvendi, si ipse judex [8] ejusdem imperii esse cœperit, cujus erat, qui judicare jussit: puta, si prætor te judicem dederit, postea tu quoque fias prætor. *L. iudicium*, 58. *D. de iudic.* Ratio est, quia judicare cogi non potes, cum par in parem imperium non habeat. *L.* 3. et seq. *D. de recept. arbitr.* At judicium nullum est, nisi judex cogi possit ad judicandum. *L. de qua re*, 74. *D. de iudic. L.* 13. §. *D. de vocationib. muner.* Hoc igitur modo judex statim esse desinit, et quidem ipso jure *d. L.* 58. In superioribus, quas commemoravi caussis non ipso jure et statim, sed mutatione demum, et subjectu alterius desinit quis judex esse.

XI. Sed quæritur, an ex persona etiam litigatorum ulla caussa judicii solvendi manet, sicut ex persona judicis, et ejus qui judicem dedit? Dicimus [9] nullam esse. Nam si alter ex ipsis moriatur, judicium non propterea solvitur, sed transfertur in hæredem, vel in dominum litis, vel in patrem, si actio de periculo enim teneat, aut, quæ ejus actioni clausula est, de in rem verso actio. De hærede dubitatio nulla est. De patre, et de domino litis scriptum est in *L. tam ex contractibus*, 57. *D. de jud.* Pone filiumfamilias quasi procuratorem alicuius iudicium accepisse: scriptum est in *d. L.* 57. Mortuo filiofamilias in eum, quem defenderit translationem judicii dari. Et ratio est, quia licet procurator dominus litis appelletur. *L. Titius.* Cum simili, *D. de procurat.* tamen revera et in effectu negocium est ejus, qui procuratorem dedit, non procuratoris. Legitur et alio modo in *d. L.* nimirum actio judicati datur. Quod et verum est, ut apparet ex *L.* 27. §. 1. cum 4. *legib.* seqq. *eod. tit. de procurat.* sed tamen [10] superior lectio magis convenire Ulpiani instituto videtur.

XII. In eadem lege mirari non possit, cur Ulpianus dicat, patrem de peculio teneri post litis contestationem. Quid enim, nonne idem esset, et ante litem contestatam filiofamilias mortuo? Ita profecto *Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. etc.* Cur igitur ea verba adjecit? Duabus de caussis opinor, vel earum ex altera. Primum enim de judicio illic agitabat Ulpianus. Judicium incipit a litis contestatione. *L. 1. C. de litis contestat.* Ac propterea illud fragmentum in illum titulum de judiciis relatum est. Deinde animadverten-

8) Bart. tamen *ad d. L.* 58. *n.* 4. hoc sic accipit, si delegatus socius et collega delegantis redditus. Non si alterius jurisdictionis pars esse cœperit, veluti si delegatus Episcopi creatus sit Episcopus alterius diœceseos, sed id inde, quia judicem pedaneum cum mandatario jurisdictionis una appellatione confundit.

9) Nisi in casu *L.* 11. *hoc tit.* si cum quo lis erat ab adversario arrogatus, Duar. *de Judic. Cap. Qui poss. agere.*

10) Et ita Gal. *not. Goth. ibid.* Eodem sensu P. Fab. 1. *Semestr.* 12. et Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 8. *Princ.* 6. *Ill.* 6. legunt, transfertur actio. Hot. 7. *Obs.* 20. lectionem utramque conjungens legit, judicii translatio vel actio judicati datur. Plane quanquam Florentina lectio *transactio vel iudicati datur*, sensu idoneo donari vix posse videatur, cum nec quo pertineat *transactionis* verbum, nec quo referendum sit, nec quomodo de eo commodo transigi queat, ullus viderit, ut P. Fab. loquitur, qui pro sanato tam desperato loco ab Ulpiano ipso gratiam sibi deberi, præ se fert. Quid tamen si nos pro perpetuo nostro in asserendis incorruptis juris locis, quos alii affectos clamitant, duramque urendo secando medicinam adhibent, studio, sensu non idoneo tantum, sed et concinno verba illa donabimus, nunquid hac parte (præfiscine dixerim) gratiam meliorem inibimus, laudemque correctorum evanidam reddemus. Effectum id dabitur, spero, si ostendetur *transactionis* verbum præcipuam quidem, at non solam acceptionem habere amicabilis compositionis, etc. ut *t. D. et Cod. de transact.* Sed et transactum dici quod quaqua ratione finem accipit *L. transacta* 229. *et seq. de V. S.* Sic transactum tempus *L.* 1. *Cod. qui admitt. L.* 4. *G. de acq. poss. L.* 3. *Cod. de præs. long. temp.* Virgil. *Æn.*

. . . . *fatis melioribus annos*
Transigat . . . .

Salust. *in Procem. ne vitam silentio transigant*, et Transigere matrimonia pro dissolvere *L. ult. Cod. de repud.* Et transigere pro perficere seu absolvere, prosequi, etc. apud Cic. frequens, ut 13. *Epist.* 14. *negocium ipse suscipias, transiga*, 3. *Catilin. pag.* 461. *quod faciendum primum fuit, factum et transactum est, in Orat. p. m.* 371. *ut cum jam transegerit aliquid, definiat et* 1. *de Invent. pag.* 93. *potueritne multitudo rerum in eo transigi tempore*, *et* 6. *Verrina p.* 229. *quod verbo transigere possim.* Et alibi passim, ut locos plures proferre pigeat. Unum addo et 6. *Verrina* sub fin. *Quod a nobis*, ait, *novem solis diebus prima actio sui judicii transacta sit*, id est absoluta ac ad finem perducta. Et alterum ex 4. *Verrina p. m.* 138. *transacto aut dilato judicio.* Unde appareat transactionem generalius, omnem litis terminationem complecti, quod et *d. L.* 229. *et seqq.* recte DD. vulgo inferunt, nequicquam renitentibus Forcat. *Dial.* 46. *n.* 3. ac. Gæd. *ad. d. L.* 230. et probatur *L.* 3. *Cod. de fruct. et lit. expens.* ubi manifeste transactum negocium, quod sententia finitum. Quomodo et dici potest in *L.* 2. *de jureiur.* speciem proprie dici continere transactionis scilicet generalius acceptæ jusjurandum, neque et Gæd. et Forcat. *d. loc.* similitudinem denotare. Perspicuum ex hisce facile quod *d. L.* 57. integra lectio servari possit, si transactionem exponimus judicii a Procuratore litis contestatione cœpti prosecutionem et terminationem, apto pariter et eleganti sensu *Trasactio* id est prosecutio ac terminatio judicii scilicet accepti, de quo verba proxime priora *vel iudicati* (subaudi *actio.* Ellipsi utitur IC. durioris auribusque adversi sonus evitandi ergo) *datur* id est conceditur, seu ejus potestas fit. Dare enim inter alia potestatem facere significat, ut dare Judum, Plaut. *Bacchid.* 40. *Sc.* 10. *et in arg. Sticht*, Yvo Villiomar. *in loc. Controv. Rob. Titii Lib.* 5. *C.* 4. Sic hic *dare transactionem in eum*, facere potestatem judicium contra adversarium persequendi. Quasi diceret: vel lis a Procuratore cœpta, mortuo eo, ad finem perducenda, a domino, vel si jam ante finem sententia, judicatum a domino faciendum.

tendum est Ulpianum antea dixisse, filiumfamilias tam ex contractibus, quam ex delictis conveniri posse: ac statim subjunxisse, sed mortuo filio post litis contestationem transfertur judicium in partem, etc. Sed ex delictis filiorum parentes non tenentur ante litem contestatam, nec de peculio quidem. *L.* 1. §. *si filiusfamilias, D. de his, qui deiecer. vel effuder.* §. *ult. Inst. de noxalib. action.* At post cœptum cum filiofamilias judicium, [11] cœpit filiusfamilias teneri quasi ex contractu. Nam judicio quasi contrahi dicitur. *L.* 3. §. *idem scribit, D. de pecul.* Patrem autem ex contractibus filiorum obligari de peculio certum est. Mortuo igitur filio post litem contestatam, quanvis ex delicto conventus esset, pater tamen quasi ex contractu tenebitur. Sed cur non in solidum, cum sit hæres filii? Quia non hereditatis jure sed peculii occupat pater bona filii. *L.* 2. *D. de castrens. pecul.*

XIII. Caussis mutandi vel solvendi judicii expositis, superest illa quæstio, judice sic remoto, vel demortuo quid agendum sit? Et placet, alium judicem substituendum esse. Nec tamen propterea judicium mutatur, sed idem manet quod prius, licet prius solutum esse dicatur ob subductam prioris judicis personam. Quo pertinet elegans illa quæstio in *L. proponebatur, D. de judic. facit* §. *Nov. ut nulli iudic.* 134. Substituto judice tenendum est, quod præcipitur in *L. mortuo*, 60. et *in L. si iudex*, 33. *eod. tit.* ubi traditur, quid huic substituto incumbat, quæque ejus partes sint. Ait enim *d. L. mortuo*, quod priorem judicem judicare oportuerat, [12] idem eum, qui subditus est, sequi oportere, hoc est, facere in cognoscendo, et in judicando ea, quæ prior judex facturus erat, cujus ipse non in locum modo, sed in conditionem etiam potestatemque successit. Quod ita intelligendum est, etiamsi simpliciter nulla re nominatim expressa datus sit. Intelligitur enim eadem de re iisdem esse conditionibus datus, quibus is, cujus in locum substitutus est. *D. L. si iudex.* De eadem re, nimirum ea, quæ in judicium ante deducta est, et de qua prior judex addictus est, non de alia indicare debet. *d. L. mortuo.* Iisdem quoque conditionibus, puta, si priori iudici certum tempus præfinitum fuerat, intra quod iudicaret, puta, annus [13] tantundem et substituto eius datum esse intelligitur. *d. L. si iudex.* Quod quidem dubitationem non habet, si prior iudex iudicare nondum cœperat.

XIV. Quod si iudicare iam cœperat, et ita præfiniti anni aliqua pars effluxerit, hic quæritur, quantum tempus posteriori iudici datum intelligatur? Et dicendum puto, etiam tunc annum datum videri. Indistincte enim loquitur *d. L. si iudex*, his verbis, *ex integro tempora in persona posterioris præstituta* intelligi. Quod etiam confirmat exceptio, sive temperamentum in fine eius legis positum. Ita tamen, ut legitimum tempus non excedat. Quasi dicat, dummodo temporis istius integri in iudice posteriore tacita concessio, si coniugatur cum tempore, quod priori iudici supererat, non excedat legibus definitum ad dirimendas lites tempus. Quod quantum olim fuerit, non facile quis dixerit: videturque potius in arbitrio prætoris et litigatorum conventione positum fuisse. Arbitrarium igitur et infinitum iudici erat nullo præstituto tempore. Quod et iure pontificio, *C. significantibus, extra de judic.* et consuetudine fere omnium populorum hodie obtinet, abrogata *L. properandum, C. de judic.* Propter quam legem suspicari libet ea verba in fin. *d. L. si judex*, a Triboniano fuisse supposita, ut jus Digestorum a jure Codicis ne discreparet, vel ut ab eo interpretationem acciperet. Quicquid ejus rei fit, quod ad quæstionem nostram attinet, de ea clarissime est in d. constitutione comprehensum, in §. *sin autem in medio*, etc. cujus hæc sunt verba. *Sin autem in medio, vel morte judicis, vel alia irrecusabili occasione judicium fuerit mutatum: tunc siquidem ex triennio annale tempus vel amplius residet, in quo alius judex caussæ imponitur: intra reliquum tempus caussa finiatur. Sin autem minus, quam annale sit, tunc omne quod deest, repleatur, ut non in minore perfecti anni tempore litem possit subrogatus judex tam discutere, quam terminare.* Hæc Justinianus. Ad hunc locum quoque

11) Accedit quod aliud est novam institui debere actionem contra patrem, quod fieri potest eatenus, ut ibi etiam vivo filio, vel ante contestationem mortuo; Aliud transferri in patrem contra filium jam institutam, et persequi probationes cœptas, ne temporis et impensarum fiat jactura; scite Ant. Fab. 1. *Jurispr.* 8. *Princ.* 6. *Illat.* 5.

12) Ex iisdem actis, nec caussam denuo cognoscit. Unde liquet non inanem esse hanc quæstionem *d. L.* 76. aut in verbis consistere. Nam si aliud foret judicium, non deberet sequi posterior, quod a priore incœptum. Duar. *de Judic. Cap. de iis, qui iud. dare f.* 158.

13) Ast contra videri potest per superiora. Quia enim idem judicium, tempus quod superest computandum cum altero; ut si priori præstitutum biennium ac annus lapsus, posterior annum habeat non biennium. Sed ita placuit utilitatis gratia, quia aliquo tempore opus est substituto, ad deliberandum de rebus a priore factis, Duar. *d. tit. et Cap. sub fin.*

que de potestate judicis substituti pertinet, quod a Paulo scriptum est, edictum quod ab antecessore datum est, in numero trium edictorum connumerari debere. Si tamen omnis edictorum numerus finitus sit, solere successorem unum edictum dare. *L. edictum*, 55. *D. de judic.* in quo tamen videtur ab hac *L.* dissentire. *L. consentaneum, C. quomodo et quando judex*, in qua Imperatores requirunt, ut a successore judicis, qui trinis edictis absentem jam citaverat, non unum, sed tria itidem edicta dentur, *d. L.* versic. *a quo ter citatus*. Nisi dicamus pro, *ter*, [14] legendum esse, *Iterum*. Ut Cujacio placet *lib.* 18. *observ.* 29. Mihique magnopere probatur. Posset etiam legi, item, minore mutatione. Et scriptum fortasse fuerat, *it.* quod in *lib. Notarum juris*, exponitur, *item.*

14) Nec hanc correctionem, quam Scipio Gentilis, cujus interpolationem hic agnoscere mihi videor, esse reor, recipio. Minus incommodi ducens, si relativum ibi referatur ad remotiora, quam si manus legi inferatur. Quanquam vix quidquam hoc incommodi quando vers. *quod vel successor eius facere curabit*, obiter quasi insertus, et veluti in parenthesi positus accipi potest. Nam in vers. *a quo ter citatus*, modus coercendæ contumaciæ proponitur, sane non ei tantum casui, pro successor præsidi, qui jam ante citationes emiserat, datus, conveniens. Quin immo nec si verba *a quo* ad successorem referas emendatio necessaria. Neque enim definitur *ter citandum* esse reum, sed ex facto quæritur si *ter citatus* contumax, quid agendum. Quæ verba enunciativa ad preces consulentis factique relationem respicere possunt. Quid enim si post trinam citationem antecessoris, successor ex abundanti ter itidem citaverit: Quæstioni non minus, immo magis locus, quæ contumacis pœna.

F I N I S.